

Universidade de Lisboa
Faculdade de Direito



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

A Concorrência dos Sistemas de Justiça Internacional

Dissertação de Mestrado

Mestrado em Direito Internacional e Relações Internacionais

Diana Filipa Cabral Botelho

Trabalho realizado sob orientação da

Professora Doutora Maria José Reis Rangel de Mesquita

fevereiro de 2017

“[...] the proliferation of international courts gives rise to a serious risk of conflicting jurisprudence, as the same rule of law might be given different interpretations in different cases. This is a particularly acute risk, as we are dealing with specialized courts that are inclined to favour their own disciplines. Several examples of this may already be cited. Thus, in ruling on the merits in the Tadic case, the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia recently disregarded case-law formulated by the International Court of Justice in the dispute between Nicaragua and the United States of America. [...] Regardless of what one might think of this solution, the contradiction thus created gives clear evidence of the risks to the cohesiveness of international law raised by the proliferation of courts.

What can be done to ensure that this situation does not give rise to serious uncertainty as to the content of the law in the minds of players on the international stage and does not ultimately restrict the role of international law in inter-State relations? [...] The International Court of Justice, the principal judicial organ of the United Nations, stands ready to apply itself to this end if it receives the necessary resources. Relying exclusively on the wisdom of judges might not be enough however. [...]”

(Declaração do Juiz Gilbert Guillaume, Presidente do Tribunal Internacional de Justiça, à Assembleia Geral das Nações Unidas, a 26 de outubro de 2000¹)

¹ Versão completa disponível em <http://www.icj-cij.org>.

À minha família, a de sangue e a que escolhemos, que já não consegue dissociar a ideia da minha presença sem estar acompanhada por um livro para estudar. Por todo o esforço, sacrifício e confiança que depositam em mim, pela distância e por todos os momentos roubados, trocados pelo academismo, pela dedicação e empenho que este trabalho representa, saibam que tudo saberá sempre a pouco para expressar a minha gratidão.

À Professora Doutora Maria José Reis Rangel de Mesquita, pelo apoio e pelos conselhos valiosos na elaboração da presente dissertação e, acima de tudo, pelo exemplo.

Aos meus amigos, aos que não dominam o assunto e me fazem superar-me para conseguir tornar a temática acessível e acabam por influir no curso deste trabalho, e aos que dominam, e por isso me desafiam e tornam-me maior. Por toda a confiança que depositam em mim diariamente, acreditando mais em mim do que eu própria e levando-me por caminhos que eu não escolheria.

À Maria Luísa, pela paciência digna de irmã. E por viver este trabalho, como todos os pedacinhos da minha vida, como se também fossem um pouco seus.

À Rita, pela partilha diária de ansiedade e tormento, pelo conselho e pela inspiração que fazem a nossa parceria uma das razões pelas quais conseguimos chegar aqui.

Ao fator surpresa deste percurso, que me fez querer ser maior que tudo o resto. Pela confiança inabalável, pelo apoio, e por toda a força. Por fazer de mim melhor pessoa.

Ao meu soldadinho. Por último, porque será sempre o primeiro, por me ter deixado a sua coragem e mostrado como enfrentar cada batalha que se apresenta no nosso caminho, tornando-me a pessoa determinada que conseguiu terminar este trabalho quando todas as probabilidades indicavam o contrário.

A todos, o meu mais sincero - **Obrigada.**

Nota Prévia

- I. A presente Dissertação versa sobre a temática da concorrência existente entre os diversos sistemas de justiça internacional no âmbito do direito internacional público, problemática amplamente discutida na unidade curricular de “Justiça Internacional”, no ano letivo de 2014/2015, sob a regência da Exma. Sra. Professora Doutora Maria José Reis Rangel Mesquita, tendo a mesma levantado diversas questões, muitas das quais complexas, não raras vezes, sem resolução legal e jurisprudencial, e, embora com alguma prática jurídica internacional, sem soluções concretas.
- II. Não existindo, assim, uma solução diretamente aplicável, a presente dissertação tem como objetivo ilustrar o problema nas suas diferentes vertentes e expor as vantagens e desvantagens de cada uma das soluções apontadas pela doutrina e pela jurisprudência, pugnando pela criação de um Tribunal Internacional de Conflitos.
- III. No estudo e na elaboração da presente Dissertação foram consideradas as obras bibliográficas e a jurisprudência até 31 de dezembro de 2016.
- IV. A presente Dissertação está redigida conforme o novo Acordo Ortográfico, ressaltando-se que não se procedeu a alterações das citações de texto de outros autores, jurisprudência ou legislação.
- V. A presente dissertação tem por base várias fontes bibliográficas em línguas que não a portuguesa, pelo que se ressalva que todas as citações se mantiveram na língua original, salvo a existência de uma tradução oficial para português.

Resumo

A matéria da concorrência de jurisdições não é necessariamente nova, tendo sido já amplamente discutida no âmbito do direito internacional privado. No entanto, relativamente ao direito internacional público, afigura-se uma matéria recente.

A multiplicação do número de sistemas de justiça internacional, cada um alicerçado no seu próprio tratado constitutivo e no seu percurso histórico, com razões fundamentais diversas, com valores e diretivas muito próprias que fundamentam as suas próprias decisões, operando independentemente, a par da não existência de uma hierarquia ou coordenação entre qualquer um deles, agudizam o problema, podendo levar a decisões claramente contraditórias por parte de instâncias diferentes.

A presente dissertação sobre a temática da concorrência entre os sistemas de justiça internacional terá então como objetivo uma exposição do problema da proliferação dos sistemas de justiça internacional nas suas diversas vertentes, isto é, quer uma abordagem teórica, quer prática.

Assim, a dissertação dividir-se-á em cinco capítulos, estruturados de forma a conduzir à solução a apresentar como conclusão.

No primeiro capítulo, o foco será a análise do fenómeno de proliferação dos sistemas de justiça internacional, abordando os fatores que lhe deram origem, a produção doutrinal sobre a temática, e a qualificação do fenómeno como conducente à fragmentação ou “constitucionalização” do direito internacional público.

No segundo capítulo, debruçar-nos-emos sobre o estudo do modo de articulação existente entre os sistemas de justiça internacional, tanto a nível universal, como a nível universal contraposto com o nível regional, e unicamente a nível regional.

O terceiro capítulo será dedicado ao estudo de *case studies* paradigmáticos, analisando o seu enquadramento factual bem como a legislação aplicável e retirando conclusões.

O *Fórum Shopping* no Direito Internacional Público ocupará a posição de destaque no quarto capítulo, onde se analisará este fenómeno típico do direito internacional privado e as suas implicações na juridicidade internacional.

Por fim, o quinto e último capítulo será dedicado às soluções para este fenómeno da concorrência entre os sistemas de justiça internacional, expondo as várias soluções propostas pela doutrina internacionalista, as suas vantagens e desvantagens, e a solução por nós propugnada – a criação de um Tribunal de Conflitos Internacional.

Palavras-chave: concorrência; justiça internacional; proliferação; fragmentação; Tribunal de Conflitos Internacional.

Abstract

The concurrence of jurisdictions thematic is not exactly new and has already been widely discussed in the private international law frame. However, as far as public international law is concerned, this is a recent issue.

The multiplication of the number of international justice systems, each based on its own constitutional treaty and its own historical course, with its own fundamental reasons, its own values and directives that fundament their decisions, operating independently, along with the non-existence of a hierarchy or coordination between any one of them aggravates the problem, and can lead to clearly contradictory decisions by different instances.

The present dissertation on concurrence between international judicial bodies will have as its objective an exposition of the problem of the proliferation of international justice systems in its various aspects, both in a theoretical and practical approach.

Thus, the dissertation will be divided into five chapters, structured in such a way as to lead to the solution to be presented as a conclusion.

In the first chapter, the focus will be on analyzing the phenomenon of proliferation of international justice systems, addressing the factors that gave rise to it, doctrinal production on the subject, and qualifying the phenomenon as leading to the fragmentation or “constitutionalization” of public international law.

On the second chapter, we will study the form of articulation existing between international justice systems, at universal level, universal level as opposed to the regional level, and only at regional level.

The third chapter will be devoted to the study of paradigmatic *case studies*, analyzing its factual framework as well as the applicable legislation and drawing conclusions.

The *Forum Shopping* in Public International Law will occupy the prominent position in the fourth chapter, which will analyze this phenomenon typical of private international law and its implications in international jurisdiction.

Lastly, the fifth and final chapter will be devoted to solutions to this phenomenon of concurrence between international judicial bodies, setting out the various solutions proposed by internationalist doctrine, their advantages and disadvantages, and the solution we have put forward - the creation of an International Court of Conflicts.

Key Words: concurrence; international justice; proliferation; fragmentation; International Court of Conflicts

Abreviaturas

Ac. – Acórdão

AG – Assembleia Geral

Al. – Alínea

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

CEDH – Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 4 de novembro de 1950

Cfr. – Confrontar

Cit. – Citado

CNU – Carta da Organização das Nações Unidas

CNUDM – Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar

COMESA – Mercado Comum da África Oriental e Austral

CS – Conselho de Segurança

CVDT – Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 23 de maio de 1969

CVRC – Convenção de Viena sobre as Relações Consulares de 24 de abril de 1963

DI – Direito Internacional

DIP – Direito Internacional Público

DUE – Direito da União Europeia

Ed. – Edição / Editor

Etc. – *Et cetera*

ETIADH – Estatuto do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos

ETIDM – Estatuto do Tribunal Internacional do Direito do Mar

ETIEJ – Estatuto do Tribunal Internacional Penal para a Ex-Jugoslávia

ETIJ – Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça

ETIR – Estatuto do Tribunal Internacional Penal para o Ruanda

ETJCAN – Estatuto do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina

Ibid. – Ibidem.

i.e. – *Id est*.

Mercosul – Mercado Comum do Sul

N.º – Número

Nrs. – Números

NAFTA – North American Free Trade Association

OI – Organização Internacional / Organizações Internacionais

OMC – Organização Mundial de Comércio

ONG – Organização Não Governamental

ONGs – Organizações Não Governamentais

ONU – Organização das Nações Unidas

OSPAR – Oslo / Paris Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic.

OTAN – Organização do Tratado do Atlântico Norte

OUP – Oxford University Press

p. – Página

pp. – Páginas

Par. / Pars. – Parágrafo / Parágrafos

PESC – Política Externa e de Segurança Comum

RPTIJ – Regulamento de Processo do Tribunal Internacional de Justiça

ss. – Seguintes

TC – Tribunal Constitucional

TCE – Tratado da Comunidade Europeia

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TIDM – Tribunal Internacional do Direito do Mar

TIJ – Tribunal Internacional de Justiça

TIEJ – Tribunal Internacional (penal) para a Ex-Jugoslávia

TIR – Tribunal Internacional (penal) para o Ruanda

TJCAN – Tribunal de Justiça da Comunidade Andina

TJCE – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TPA – Tribunal Permanente de Arbitragem

TPI – Tribunal Penal Internacional

TPJI – Tribunal Permanente de Justiça Internacional

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

URSS – União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

Vol. – Volume

Índice

I. Introdução e delimitação do objeto	16
II. A proliferação dos sistemas de justiça internacionais	17
2.1. Em busca de uma definição de sistema de justiça internacional – Terminologia e definição a adotar	17
2.2. Os principais fatores para a proliferação dos sistemas de justiça internacional – o caminho entre a fragmentação e a constitucionalização do Direito Internacional Público	21
2.3. A proliferação dos sistemas de justiça internacional – Um problema real?	27
2.4. Vetores de análise da proliferação dos sistemas de justiça internacional	32
2.5. Conclusões	37
III. A articulação dos diferentes sistemas de justiça internacional	38
3.1. A articulação do Tribunal Internacional de Justiça com os restantes tribunais de jurisdição universal.....	39
3.1.1. A articulação do Tribunal Internacional de Justiça com os tribunais de competência especializada	39
3.1.2. A articulação do Tribunal Internacional de Justiça com o Tribunal Penal Internacional.....	41
3.2. A articulação do sistema de justiça internacional universal do Tribunal Internacional de Justiça com o sistema de justiça internacional regional do Tribunal de Justiça da União Europeia	43
3.3. A articulação dos diferentes sistemas de justiça internacional regionais – o caso da articulação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem com o Tribunal de Justiça da União Europeia e o problema da adesão da UE à CEDH	57
IV. <i>Case Studies</i> – Da teoria à prática	59
4.1. O Contencioso <i>Mox Plant</i>	61
4.1.1. Enquadramento factual	61

4.1.2.	O direito internacional aplicável -----	62
4.1.3.	Conclusões -----	67
4.2.	O caso <i>Nicaragua vs EUA</i> do Tribunal Internacional de Justiça e o caso Tadic do Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia -- -----	68
4.2.1.	Enquadramento factual -----	68
4.2.2.	O direito internacional aplicável -----	70
4.2.3.	Conclusões -----	71
4.3.	O Caso <i>Bosphorus</i> -----	73
4.3.1.	Enquadramento factual -----	73
4.3.2.	O direito internacional aplicável -----	75
4.3.3.	Conclusões -----	77
4.4.	O caso <i>Mexico Soft Drinks</i> -----	79
4.4.1.	Enquadramento factual -----	79
4.4.2.	O direito internacional aplicável -----	80
4.4.2.1.	A decisão do painel da OMC -----	82
4.4.2.2.	A decisão do painel de Apelação da OMC -----	83
4.4.3.	Conclusões -----	83
4.5.	O caso <i>La Grand</i> -----	84
4.5.1.	Enquadramento factual -----	84
4.5.2.	O direito internacional aplicável -----	85
4.5.3.	Conclusões -----	87
V.	O Fórum Shopping no Direito Internacional Público -----	88
5.1.	Conclusões -----	90
VI.	Um problema sem solução? As várias teses de resolução do problema da concorrência dos sistemas de justiça internacional, em especial, a da criação de um Tribunal de Conflitos Internacional de funcionamento <i>ad hoc</i> -- -----	91
6.1.	A extensão da Jurisdição do Tribunal Internacional de Justiça e a sua utilização como instância de recurso -----	92

6.2. A criação de um sistema de “controle prévio” ou a extensão da já existente competência consultiva do Tribunal Internacional de Justiça	97
6.3. O princípio da aplicação do “caso julgado” e da “litispendência”	100
6.4. O diálogo judicial	104
6.4.1. A solução do Professor Yuval Shany – “The principle of Comity”	104
6.4.2. A solução do diálogo judicial do Juiz Cançado Trindade	105
6.5. A aplicação do método Solange – a tese de Nikolaos Lavranos	107
6.6. A criação de um Tribunal Internacional de Conflitos	108
6.6.1. A proposta de criação de um Tribunal Internacional de Conflitos apresentada por Nikolaos Lavranos	108
6.6.2. A proposta de criação de um Tribunal Internacional de Conflitos de funcionamento <i>ad hoc</i>	110
VII. Conclusões	114
VIII. Bibliografia	117
8.1. Manuais e Monografias (por ordem alfabética)	117
8.2. Fontes de Direito Internacional (por ordem alfabética)	122
8.3. Jurisprudência (por ordem alfabética)	125
8.4. Sítios na Internet (por ordem alfabética)	130

I. Introdução e delimitação do objeto.

Com o fim da Guerra Fria e o consequente rejuvenescimento da cooperação entre os Estados anteriormente em campos opostos, assistimos inevitavelmente a uma densificação do direito internacional, que trouxe consigo problemas de articulação prementes.

Com efeito, o direito internacional passou a cobrir cada vez mais áreas, assistindo-se a um desenvolvimento acentuado em certos domínios que antes eram menosprezados, como os direitos humanos ou o direito ambiental. Este fator, aliado a uma maior abertura a outros sujeitos de direito internacional que não os Estados, como as organizações internacionais e os indivíduos, concedeu um novo fulgor à litigância internacional e à própria temática da concorrência dos sistemas de justiça internacional.

De facto, desde sensivelmente os últimos 25 anos que temos constatado uma proliferação considerável do número de instâncias internacionais, acompanhado de uma maior vontade por parte dos Estados em usar esses mecanismos, o que fez com que a produção jurisprudencial deste período temporal tenha aumentado consideravelmente.

A título de exemplo, pode ser mencionada a criação dos tribunais *ad hoc* para a Ex-Jugoslávia e para o Ruanda (1993/1994), a criação do Tribunal Internacional de Direito do Mar (1996), do Tribunal Penal Internacional (2002), do sistema de resolução de conflitos complexo da Organização Mundial do Comércio (1994), e dos tribunais híbridos da Serra Leoa (2002), Camboja (2005), Timor-Leste (2000) e Kosovo² (2016) e do Tribunal Especial para o Líbano (2009).

A criação deste número de tribunais, a par da globalização das relações políticas, jurídicas e económicas entre Estados, e do crescente envolvimento das organizações internacionais e mesmo dos particulares no panorama

² Tribunal ainda em processo de criação, tendo entrado em vigor a 1 de janeiro de 2017 o acordo com o estado holandês para instalação no seu território do sistema de justiça internacional, composto por “Specialist Chambers” e um “Specialist Prosecutor’s Office”. Para desenvolvimento da questão, cfr. *Kosovo Specialist Chambers & Specialist Prosecutor’s Office*, disponível em <https://www.scp-ks.org/en>.

internacional, com as possibilidades de resolução de disputas a multiplicarem-se, leva a uma maior utilização dos vários sistemas, em detrimento do modelo tradicional, o recurso único pelos Estados ao Tribunal Internacional de Justiça.

Esse aumento na utilização dos sistemas de justiça internacional acarreta, naturalmente, alguns obstáculos que importa resolver. Com efeito, a proliferação dos sistemas de justiça internacional conduziu à sobreposição de jurisdições e ao surgimento de um problema de concorrência entre os sistemas de justiça internacional.

Assim, o primeiro objetivo da presente dissertação será o de ilustrar a produção doutrinal no âmbito desta temática, analisando-a, a fim de tomar uma posição sobre as verdadeiras consequências da proliferação dos sistemas de justiça internacional, *id est*, se essa proliferação conduzirá efetivamente a uma fragmentação do Direito Internacional Público, ou à sua consolidação e harmonização.

Competir-nos-á, assim, através da análise da prática jurídica existente e dos *case studies* paradigmáticos sobre a questão, propor uma série de soluções para o problema, expondo as suas vantagens e desvantagens, e porventura os meios para as ultrapassar.

Esta será sempre, contudo, uma proposta de análise modesta, alicerçada na prática e na doutrina existente, que carecerá de desenvolvimento, para que se possa definir que rumo deverá o Direito Internacional Público e as instâncias internacionais efetivamente tomar, a fim de a concorrência entre os sistemas de justiça internacional não mais se apresentar como um problema tão premente.

II. A proliferação dos sistemas de justiça internacionais

2.1. Em busca de uma definição de sistema de justiça internacional – Terminologia e definição a adotar.

No domínio do contencioso internacional, sempre existiu alguma confusão de terminologia, em língua estrangeira, e em particular no domínio do

fenómeno da proliferação de sistemas de justiça internacional, utilizando os autores estrangeiros os termos “*international tribunals*”³, “*international courts*”⁴ ou “*international courts and tribunals*”⁵ quase indistintamente.

Cesare P. R. Romano⁶ regista que os autores que recorrem ao termo “*international tribunals*” tenderão a incluir os tribunais de jurisdição permanente, bem como os tribunais ad hoc, enquanto que os autores que recorrem à expressão “*international courts*” tenderão a incluir apenas os tribunais ad hoc ou de constituição temporária ou transitória, o que encontra fundamento na prática dos Estados das últimas décadas.

Com efeito, o Autor refere, ainda, que apenas os tribunais ad hoc instituídos pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas tendem a ser referidos como “*tribunals*”, sendo todas as restantes instâncias referidas como “*courts*”⁷.

À semelhança de Cesare P. R. Romano⁸, que opta por utilizar a designação de “*international judicial bodies*”, nós optamos por uma noção mais ampla, que designaremos de *sistemas de justiça internacional*, a fim de conseguirmos abranger tanto os tribunais, permanentes ou não, como os sistemas de resolução de conflitos cuja classificação como tribunal se afigura duvidosa, como é exemplo o sistema de justiça da Organização Mundial do Comércio.

O nosso primeiro obstáculo na análise do fenómeno da proliferação dos sistemas de justiça internacional prende-se com o facto de não existir, à data, uma definição universalmente ou genericamente aceite do que será um sistema de justiça internacional.

³ A título de exemplo, cfr. BOCZEK, Boleslaw Adam, *Historical Dictionary of International Tribunals*, Scarecrow Press, 1994 e HUDSON, Manley O., *International Tribunals: Past and Future*, Brookings Institution, 1944.

⁴ A título de exemplo, cfr. JANIS, Mark, *International Courts for the twenty-first century*, Nijhoff, 1992.

⁵ A título de exemplo, cfr. BERNHARDT, M., *Encyclopedia of Public International Law*, North Holland, 1981.

⁶ ROMANO, Cesare P.R., “The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle”, *International Law and Politics*, Vol. 31, 1999, pp. 730 e ss.

⁷ Com exceção do Tribunal Internacional de Direito do Mar, que é uma instância de jurisdição permanente e é designado por “*International Tribunal of the Law of the Sea*”.

⁸ ROMANO, Cesare P.R., “The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle”, *International Law and Politics*, Vol. 31, 1999, pp. 730 e ss.

Contudo, embora não seja nosso foco alcançar uma definição livre de imperfeições, há uma definição que decerto merece nota, a de Christian Tomuschat⁹, seguida por diversos autores, como é o caso de Karin Oellers-Frahm¹⁰, pelo que a analisaremos.

Assim, Tomuschat entende que para um sistema de justiça internacional possa ser classificado como tal deverá preencher cinco critérios:

- a) Em primeiro lugar, deverá ser um sistema dotado de permanência, isto é, independente da existência de um determinado litígio, o que removerá desta definição tanto os tribunais *ad hoc* como as instituições que simplesmente fornecem uma arbitragem *ad hoc* aos seus membros, como é o caso da NAFTA¹¹.
- b) Em segundo lugar, deverá o sistema ter sido instituído por um instrumento jurídico internacional, como um tratado ou atos dele derivados, como é exemplo o Tribunal de Justiça da União Europeia¹² ou os Tribunais *ad hoc* para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda¹³.
- c) Em terceiro lugar, o sistema deverá recorrer a direito internacional para a decisão dos litígios que lhe são apresentados.
- d) Em quarto lugar, deverá produzir a sua decisão com base nas regras procedimentais pré-existentes e que não poderão ser modificadas pelas partes, sob risco de discricionariedade sem fundamento.
- e) Por último, deverá produzir uma decisão vinculativa para as partes, o que restringe bastante a lista de sistemas de justiça internacional existentes.

⁹ TOMUSCHAT, Christian, *International Courts and Tribunals with Regionally Restricted and/or Specialized Jurisdiction*, in *Judicial Settlement of International Disputes: International Court of Justice, Other Courts and Tribunals, Arbitration and Conciliation: An International Symposium*, Max-Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, 1987, pp. 285 a 416.

¹⁰ OELLERS-FRAHM, Karin, "Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction – Problems and Possible Solutions", in *Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 5*, Kluwer Law International, Netherlands, 2001, pp.69.

¹¹ Cfr. art. 2004 e ss. do Tratado Norte Americano para o Comércio Livre, que prevê a disponibilização de mecanismos de arbitragem para a resolução de controvérsias.

¹² Tribunal instituído por tratado, com base jurídica nos arts. 19.º do TUE, artigos 251.º a 281.º do TFUE, artigo 136.º do Tratado Euratom e Protocolo n.º 3 anexo aos Tratados relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia.

¹³ Tribunais instituídos pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, pelas resoluções 827/1993 e 955/1994, respetivamente.

Cesare P. R. Romano acrescenta a esta definição mais dois vetores, que entendemos contribuir para uma melhor definição.

Assim, este Autor entende que, por um lado, o sistema de justiça internacional deverá ser composto, pelo menos maioritariamente, por juízes que não foram apontados pelas partes, mas sim que foram escolhidos de forma imparcial.

Por outro lado, defende ainda que apenas deverá decidir disputas entre duas ou mais entidades onde pelo menos uma delas seja um Estado soberano ou uma organização internacional¹⁴.

Assim, pela definição de Tomuschat e Romano, preencheriam todos os requisitos as seguintes instituições¹⁵:

1. O Tribunal Internacional de Justiça;
2. O Tribunal Internacional de Direito do Mar;
3. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem;
4. O Tribunal Interamericano de Direitos Humanos;
5. O Tribunal de Justiça da União Europeia;
6. O Tribunal de Justiça da Comunidade Andina;
7. O Tribunal de Justiça da EFTA;
8. O Tribunal de Justiça do Benelux;
9. O Tribunal de Justiça do COMESA;
10. O Tribunal de Justiça da União do Magrebe Árabe;
11. O sistema de justiça da Organização Árabe dos Países Exportadores de Petróleo.

Caso os critérios fossem aplicados com alguma flexibilidade, na opinião de Romano poderiam ainda ser incluídos os tribunais *ad hoc* para a ex-

¹⁴ O que eliminará desta definição, por exemplo, a Câmara de Comércio Internacional, que fornece aos seus membros arbitragem comercial, uma vez que os árbitros responsáveis pela resolução do litígio poderão ser indicados pelas partes.

¹⁵ ROMANO, Cesare P.R., “The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle”, *International Law and Politics*, Vol. 31, 1999, pp. 730 e ss.

Jugoslávia e para o Ruanda e o sistema de justiça da Organização Mundial do Comércio, apesar de não preencherem o requisito da permanência.

O sistema de resolução de conflitos da Organização Mundial do Comércio, contudo, merece ainda um especial enfoque, uma vez que não contempla só uma instituição, mas sim dois corpos judiciais – o “*Dispute Settlement Body*” e o “*Appellate Body*” – que diferem entre si e não preenchem, na generalidade, os critérios defendidos por Tomuschat e complementados por Romano.

No entanto, atenta a sua prática jurídica, o “*Appellate Body*” aproxima-se muito mais de um sistema de justiça na definição destes Autores, em termos de independência, embora acabe por falhar o teste, pelo facto de as suas decisões não serem vinculativas.

Em suma, apesar do contributo destes Autores para uma noção de sistema de justiça internacional, porventura mais restrita, é nossa opinião que este critério não poderá ser aplicado linearmente, fruto das próprias especificidades de cada sistema de justiça internacional, que se identificam com diversas características do próprio direito internacional e contribuem para um sistema mais rico, não sendo possível enquadrá-los apenas dentro destas regras.

De facto, não é por classificarmos os sistemas e tentarmos enquadrá-los num conceito que eles deixarão de se contrapor, sendo nosso dever, como académicos, tentarmos abraçar as diversidades que cada sistema traz, de forma a enriquecer o próprio direito internacional público.

A temática da proliferação de sistemas de justiça internacional tem sido palco, nas últimas décadas, de uma produção doutrinal acentuada, sobretudo em língua estrangeira, produção que analisaremos cuidadosamente *infra*.

2.2. Os principais fatores para a proliferação dos sistemas de justiça internacional – o caminho entre a fragmentação e a constitucionalização do Direito Internacional Público

As opiniões sobre a questão premente da proliferação dos sistemas de justiça internacional acompanharam o fenómeno de multiplicação das instâncias, sendo várias e bastante diversas umas das outras, identificando

vantagens e desvantagens no fenómeno, pendendo entre uma ideia de fragmentação e de constitucionalização do Direito Internacional Público.

Por um lado, há autores que defendem, como Nikolaos Lavranos¹⁶, que esta densificação é parte de um processo de institucionalização, que poderá fornecer as bases para uma constitucionalização do direito internacional.

Por outro lado, há autores que vão ainda mais longe, defendendo que o crescente número de tribunais criados e esta tendência constante poderão levar, no futuro, à criação de uma comunidade global de tribunais, como é o caso de Anne-Marie Slaughter¹⁷.

Com efeito, esta Autora entende, assim, que esta proliferação de tribunais e centros de decisão judicial não levanta problemas ou conflitos relevantes, devendo ser entendida como o começo de uma jurisprudência “global”, que não deverá levantar conflitos.

Contudo, é nossa opinião de que não é isto que a prática evidencia, sendo uma ideia um pouco utópica, uma vez que o risco da fragmentação do próprio direito internacional, causado pela mesma proliferação, não pode deixar de ser levado em conta.

Para Cesare P. R. Romano, por sua vez, a proliferação dos sistemas de justiça internacional deve-se essencialmente a um número de fatores diversos¹⁸.

Em primeiro lugar, à expansão do direito internacional para áreas onde antes só os Estados legislavam, como o direito criminal ou os recursos naturais marítimos, porquanto os Estados foram transferindo ao longo das últimas décadas para as organizações internacionais o poder de legislar sobre determinadas matérias, o que fez com que o poder para as interpretar e julgar acabasse por o acompanhar.

¹⁶ LAVRANOS, Nikolaos, “*On the need to regulate competing jurisdictions between international courts and tribunals*”, European University Institute, Max Weber Programme, 2009/14, ISSN 1830-7728.

¹⁷ SLAUGHTER, A.M., “A Global Community of Courts”, *Harvard International Law Journal*, 2003, pp. 191-219.

¹⁸ ROMANO, Cesare P.R., “The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle”, *International Law and Politics*, Vol. 31, 1999, pp. 730 e ss.

Em segundo lugar, para este Autor, a proliferação dos sistemas de justiça internacional foi uma consequência direta do dismantelamento da ex-URSS e do fim do bilateralismo e advento do multilateralismo.

Com efeito, Romano entende que o fim do bipolarismo existente, com o dismantelamento da URSS, funcionou como uma alavanca de rejuvenescimento de algumas organizações internacionais, bem como um motor de estabelecimento de novas organizações.

Exemplo disso, por um lado, é evidentemente a criação do Tribunal *ad hoc* para a ex-Jugoslávia, que só pôde ter lugar após a obtenção de um consenso dentro do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, o que antes do fim da Guerra Fria seria extremamente improvável.

Por outro lado, a queda da cortina de ferro permitiu a expansão do Conselho da Europa para leste e rejuvenesceu o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que é nas palavras de Romano, que nós subscrevemos, “[...] *rightly regarded as the most accomplished and successful international system for the protection of human rights* [...]”¹⁹.

Outro exemplo citado por Romano para ilustrar este fator de proliferação é o desenvolvimento exponencial do Tribunal Internacional de Direito do Mar, uma vez que no entender deste Autor, o facto de a maior parte dos Estados que ratificaram a Convenção das Nações Unidas de Direito do Mar pertencerem ao grupo dos não-alinhados conduziu a que, quando a Guerra Fria terminou, os restantes Estados pertencentes à OTAN e à ex-URSS ratificassem a convenção, dando novo fulgor a este sistema de justiça internacional.

Romano tem ainda uma interessante opinião, defendendo que o fim das interpretações marxistas-leninistas das relações internacionais, onde as relações amigáveis entre Estados não eram promovidas, por ser entendido que o Direito, e bem assim o Direito internacional, era uma forma de encorajamento da divisão de classes e da existência de uma estrutura hierarquizada, conduziu a um aumento do número de sistemas de justiça

¹⁹ ROMANO, Cesare P.R., “The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle”, *International Law and Politics*, Vol. 31, 1999, pp. 730 e ss.

internacional, fazendo com que pudessem agora ser resolvidas por estes sistemas de justiça internacional disputas entre países capitalistas e comunistas, o que antes seria impensável.

De facto, como bem refere Lucius Caflisch²⁰, corroborando a posição de Romano, ao analisar a prática da União Soviética e dos restantes Estados socialistas nas décadas de Guerra Fria, constatamos que historicamente sempre optaram maioritariamente pelo uso da diplomacia ao invés do uso de algum sistema de justiça internacional, o que vem dar suporte a esta posição.

Com o fim da Guerra Fria, nesse sentido, um número avultado de países socialistas expressou o seu consentimento na sujeição à jurisdição de diversos sistemas de justiça internacional e assistiu-se efetivamente a uma utilização crescente dos sistemas de justiça internacional por estes Estados.

O exemplo mais flagrante deste facto foi a extensão da jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem a todos os países da Europa de Leste, consequência do alargamento do Conselho da Europa, com a sua sujeição à jurisdição obrigatória imposta pela CEDH, bem como, mais tarde, na nossa opinião, a submissão destes países da Europa de Leste ao sistema de justiça da União Europeia, após o alargamento da União para leste e a aplicação da consequente jurisdição obrigatória imposta pelo TUE e TFUE.

Para além disso, com a queda dos ideais marxistas assistiu-se à multiplicação de acordos regionais de integração económica²¹, promotores da livre circulação de produtos, de forma a aumentar a eficiência económica e a competitividade dos produtos. Tal conduziu a que, com o surgimento desses acordos regionais de integração económica, fossem sendo criados nesse âmbito sistemas de resolução de conflitos internos, que acabaram por se tornar em verdadeiros sistemas de justiça em alguns casos, atento o nível de integração

²⁰ CAFLISCH, Lucius, *Le Règlement Pacifique des Différends Internationaux à la Lumière des Bouversements Intervenues en Europe Centrale et en Europe de l'Est*, em *Anuario de Derecho Internacional*, 1993, pp. 17 a 39.

²¹ A título de exemplo, veja-se o Mercosul, a North American Free Trade Association, o Tribunal de Justiça da European Free Trade Association, o Tribunal de Justiça do Mercado Comum da África Oriental e Austral, o Tribunal de Justiça da União Europeia, o Tribunal da Comunidade Andina, ou o Tribunal de Justiça do Benelux.

económica, para garantir a correta aplicação das normas acordadas pelos Estados.

A homogeneidade de valores dos Estados que constituíram estes acordos regionais de integração económica é, na opinião de Romano, outro dos fatores que conduziram à criação de sistemas de justiça internacional e que levou à sua expansão, por forma a garantir o cumprimento e a promoção desses valores comuns.

Para além disso, outro dos fatores que Romano realça, e bem na nossa opinião, é a transformação do ordenamento jurídico internacional de um modelo orientado essencialmente por Estados para um modelo gradualmente disponível para outros sujeitos de diversa natureza, como outros sujeitos de Direito Internacional, as organizações não governamentais e os próprios indivíduos, bem como sujeitos infraestaduais, como os tribunais domésticos dos Estados, que procuram no ordenamento jurídico internacional a justiça e a legalidade que anteriormente lhes era impossível almejar sem ser através do seu Estado.

Em primeiro lugar, no caso das organizações não governamentais, Romano constata que estas têm *locus standi* em quase todos os sistemas de justiça internacional, seja com uma forma de acesso apenas a nível consultivo²², com uma forma de acesso como intermediário²³, ou com uma forma de acesso plena, com acesso a todas as opções contenciosas²⁴.

Em segundo lugar, no que aos indivíduos diz respeito, há que separar claramente o acesso direto dos indivíduos a um sistema de justiça internacional, que tem vindo a crescer significativamente, ou o acesso dos indivíduos pela via da proteção diplomática.

²² É o caso da Assembleia Geral das Nações Unidas, dos seus órgãos autorizados e do Conselho de Segurança das Nações Unidas, que podem requerer a emissão de parecer ao Tribunal Internacional de Justiça sobre determinados assuntos (cfr. art. 96º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça).

²³ É o caso da Comissão Interamericana para os Direitos Humanos, que recebe as queixas dos indivíduos que depois apresenta ao Tribunal Interamericano de Direitos Humanos (cfr. art. 61.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

²⁴ É o caso da Câmara de Controvérsias dos Fundos Marinhos do Tribunal Internacional de Direito do Mar, do Tribunal de Justiça da União Europeia; do Tribunal de Justiça da EFTA; do Tribunal da Comunidade Andina.

Assim, são exemplos de acesso direto dos indivíduos a sistemas de justiça internacional o caso do Tribunal de Justiça da União Europeia²⁵, do Tribunal de Justiça da European Free Trade Association²⁶ e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem²⁷, que tornam o ordenamento jurídico internacional mais permeável aos indivíduos, o aproximam da realidade diária dos cidadãos e o desmistificam, levando à evolução dos sistemas de justiça internacional.

No caso de sistemas de justiça de âmbito universal, a realidade é, contudo, um pouco diferente, como bem refere Romano, pois o seu acesso está muitas vezes limitado à proteção diplomática²⁸, ao acesso através do seu Estado de nacionalidade, o que faz, na nossa opinião, que se limite muitas vezes a atuação dos próprios indivíduos nos casos em que o violador dos seus direitos seja o próprio Estado de que é nacional.

Contudo, aceitamos também a posição de Cesare P. R. Romano, que defende que uma vez que existem poucas organizações internacionais em sentido amplo que legislem a nível universal no âmbito de assuntos que afetem os indivíduos diretamente, a necessidade de garantir a sua proteção jurisdicional nesta sede seja mais reduzida, o que se justifica.

Exceção feita, claro está, para o Tribunal Penal Internacional, que permite que os indivíduos sejam julgados diretamente.

Em terceiro lugar, é de referir que, em alguns casos, mesmo os tribunais domésticos acabam também por ter uma posição nos sistemas de justiça

²⁵ As pessoas singulares e coletivas podem diretamente interpor recurso de anulação de um ato (cfr. art. 263º e 277º do TFUE); um recurso por omissão de ato devido (cfr. art. 265º do TFUE); ações para indemnização por responsabilidade de algum dos órgãos da União Europeia (cfr. arts. 268º e 340º do TFUE); ações por litígio emergente de relação laboral, no caso de ser funcionário de algum dos órgãos da União Europeia (cfr. art. 270º do TFUE); ações em caso de litígio em virtude de uma cláusula compromissória inserida num contrato celebrado entre uma pessoa singular ou coletiva e a União Europeia (cfr. art. 272º do TFUE); e eventualmente ainda ações sobre a aplicação de uma sanção, com a aplicação do art. 261º do TFUE.

²⁶ Qualquer pessoa singular ou coletiva poderá recorrer diretamente ao Tribunal de Justiça da EFTA em caso de ato que lhe diga diretamente respeito emitido pela Autoridade da Fiscalização da EFTA (cfr. art. 36º do Estatuto do Tribunal de Justiça da European Free Trade Association).

²⁷ Qualquer pessoa pode recorrer ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, se entender que estão a ser violados os seus direitos, previstos na convenção, por alguma das Altas Partes contratantes (cfr. arts. 34º e seguintes da Convenção Europeia dos Direitos do Homem).

²⁸ É o caso paradigmático do Tribunal Internacional de Justiça (cfr. art. 34º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça).

internacional, principalmente no caso de sistemas de integração dos seus Estados membros, como são exemplos o sistema da União Europeia²⁹ ou da Comunidade Andina³⁰.

Na opinião de Cesare P. R. Romano, esta é uma forma privilegiada de os tribunais domésticos poderem eles próprios serem guardiões do ordenamento jurídico internacional, opinião que nós partilhamos.

2.3. A proliferação dos sistemas de justiça internacional - um problema real?

O problema da proliferação dos sistemas de justiça internacional tem ainda sido abordado pelos autores de duas maneiras distintas – embora alguns tenham consciência da dimensão do problema e proponham mesmo soluções, outros há que não reconhecem essa proliferação como um verdadeiro problema, mas sim como uma fonte de evolução do ordenamento jurídico internacional, como é caso paradigmático Anne-Marie Slaughter³¹.

Karin Oellers-Frahm³², por sua vez, entende que a proliferação dos sistemas de justiça internacional é, de facto, um problema real e iminente para a unidade do ordenamento jurídico internacional.

Contudo, esta autora realça que a noção de conflito de jurisdição ou de conflito entre sistemas de justiça internacional não deverá ser avaliada em sentido amplo, mas sim em sentido estrito, apenas existindo um conflito quando a mesma norma de direito internacional seja interpretada ou aplicada por vários sistemas de justiça internacional de maneira diversa, o que causará um confronto direto, afastando-se assim da noção genérica de conflito de jurisdições.

²⁹ Os tribunais domésticos têm a hipótese de utilização do reenvio prejudicial, previsto no art. 267º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, em caso de dúvida na interpretação de qualquer disposição dos tratados.

³⁰ Os tribunais domésticos da Comunidade Andina têm hipótese de utilização de “interpretação prejudicial”, conforme previsto nos arts. 32. e seguintes do Tratado de Criação do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina.

³¹ SLAUGHTER, A.M., “A Global Community of Courts”, *Harvard International Law Journal*, 2003, pp. 191-219.

³² OELLERS-FRAHM, Karin, “Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction – Problems and Possible Solutions”, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 5*, Kluwer Law International, Netherlands, 2001, pp.69.

Benedict Kingsbury³³, por sua vez, defende que a sobreposição de jurisdições de sistemas de justiça internacional é, não só já teoricamente possível, como também um problema cada vez mais constante na prática jurídica internacional.

Com efeito, o leque de possíveis problemas é cada vez maior e, ao contrário do que defende William W. Burke-White³⁴, Kingsbury analisa a maior intervenção de atores não estatais no panorama jurídico internacional não como uma fonte de desenvolvimento, mas sim como um fator de agravamento da litigância.

Com efeito, com o número de sistemas de justiça internacional a aumentar manifestamente, as questões que poderiam ser colocadas sobre a alçada de um sistema de justiça internacional acabam por ser reenviadas para outro sistema, aumentando a possibilidade de decisões opostas entre instâncias, isto sem esquecer os problemas de soberania dos Estados que acabam por surgir como maior oposição à proliferação de instâncias internacionais, supranacionais.

Isto é confirmado por outra posição, a de John Bolton³⁵, que defende não existir uma estrutura que permita aos sujeitos identificar claramente o processo de formação das normas e a sua via de aplicação que seja sujeita a uma legitimação popular e proteja a liberdade, mas sim que as instâncias se limitam a “existir”, sem uma estrutura adjacente, o que é uma falha apontada também por Oellers-Frahm³⁶.

Outro Autor que apresenta uma posição manifestamente contra a “proliferação desregrada” é José Alvarez³⁷ que, por exemplo, em relação à criação do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda, defende que a sua

³³ KINGSBURY, Benedict, “Foreword: Is the proliferation of international courts and tribunals a systemic problem?”, *International Law and Politics*, Vol. 31, 1999, pp. 679 a 696

³⁴ BURKE-WHITE, William W., “International Legal Pluralism”, *Michigan Journal of International Law*, 2004, Vol.25, p. 963 e ss.

³⁵ BOLTON, John, “Reject and Oppose the International Criminal Court”, in *Toward an International Criminal Court?*, Alton Frye, 1999.

³⁶ OELLERS-FRAHM, Karin, “Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction – Problems and Possible Solutions”, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 5*, Kluwer Law International, Netherlands, 2001, pp.69.

³⁷ ALVAREZ, José E., *Crimes of State / Crimes of Hate: Lessons from Rwanda*, Yale Journal of International Law 365, 1999, pp. 458-468 e 481-482.

criação pelo Conselho de Segurança da ONU sem a existência de qualquer juiz ruandês e com primazia das suas decisões sobre as decisões dos tribunais domésticos do Ruanda nada mais foi do que “[...] *the pursuit of an international political and liberal-legalist agenda* [...]”³⁸. O que em nada ajudou a situação, que poderia ter sido, no entender deste autor, melhor resolvida pela utilização dos tribunais nacionais ruandeses do que pela aplicação de normas internacionais homogêneas que não tiveram em conta a especificidade das tradições e dos costumes nacionais, pelo que nunca poderá existir uma hierarquia desregrada.

Jonathan Charney³⁹, por seu turno, entende que não existe um problema de proliferação de sistemas de justiça internacional, identificando na jurisprudência das diferentes instâncias uma certa conformidade em questões fulcrais, como as fontes de direito internacional, as normas de regulação dos tratados internacionais e a responsabilidade dos Estados pelos seus atos, e defendendo que as maiores divergências apenas refletem a diferença de objetivos entre sistemas universais e regionais.

O juiz Cançado Trindade, por sua vez, entende que “[...] *os tribunais internacionais contemporâneos têm contribuído decisivamente para a expansão da jurisdição internacional, assim como para a afirmação e consolidação da personalidade e capacidade jurídicas internacionais do ser humano, como sujeito tanto ativo (ante os tribunais internacionais de direitos humanos) como passivo (ante os tribunais penais internacionais) do Direito Internacional. [...]*”⁴⁰

No que a esta matéria diz respeito, foi inclusive publicado um relatório da Comissão de Direito Internacional⁴¹, em 2006, que, não obstante, acabou por

³⁸ Ibid.

³⁹ CHARNEY, Jonathan I., “*Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?*”, 271 *Recueil des Cours* 105, 1998, pp. 125.

⁴⁰ CANÇADO TRINDADE, António Augusto, *Os Tribunais Internacionais Contemporâneos e a Busca da Realização do Ideal da Justiça Internacional*, estudo do autor que serviu de base à Aula Magna que ministrou na Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte, a 27 de agosto de 2009, p. 44, disponível em <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30426.pdf>

⁴¹ *Fragmentation of International law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Relatório do Grupo de Estudo da Comissão de Direito Internacional, 58ª Sessão da Comissão de Direito Internacional, 2006.

não analisar a fundo as soluções possíveis para o conflito entre jurisdições existente, ficando-se pela sua constatação.

Como expõe o próprio relatório, “[...] *This study has not aimed to set up definite relationships of priority between international law’s different rules or rule-systems. To that extent, its results may seem unsatisfactory or at least inconclusive [...]*”⁴².

Contudo, o relatório acaba por nos fornecer várias posições interessantes, que contribuem para o desenvolvimento da temática em estudo, que apresenta diversas ramificações, e serão um auxiliar poderoso na construção da nossa posição, a da resolução do problema com a criação de um Tribunal Internacional de Conflitos, acompanhado de um Direito Internacional dos Conflitos⁴³

Uma das conclusões mais importantes do relatório apresentado pela Comissão de Direito Internacional é de que a ameaça de incoerência do Direito Internacional Público trazida pela proliferação dos sistemas de justiça internacional e consequentes conflitos existentes será sempre um obstáculo aliado ao aumento do pluralismo da ordem jurídica internacional, como a conhecemos.

De facto, apesar de apenas um sistema coerente poder tratar os sujeitos de direito internacional de forma equitativa, a Comissão entendeu que o pluralismo deverá ser um valor constitutivo do próprio ordenamento jurídico internacional, a fim de se coadunar com a perspetiva plural promovida pelos próprios Estados, sujeitos de Direito Internacional Público⁴⁴, e que é o equilíbrio entre esses dois fatores que fornecerá a melhor solução.

Apesar da aparente superficialidade do relatório, posteriormente, contamos com os trabalhos de Nikolaos Lavranos⁴⁵, Yuval Shani⁴⁶ e Heiko

⁴² Ibid., pp. 245, par. 484.

⁴³ Ibid., pp. 249 e ss, par. 493

⁴⁴ Ibid., pp. 248, par. 491.

⁴⁵ LAVRANOS, Nikolaos, “*On the need to regulate competing jurisdictions between international courts and tribunals*”, European University Institute, Max Weber Programme, 2009/14, ISSN 1830-7728.

⁴⁶ SHANY, Yuval, *Regulating Jurisdictional Relations between national and international courts*, OUP, 2007.

Sauer⁴⁷ para demonstrar o impacto associado à concorrência de jurisdições, nomeadamente, que a coerência do ordenamento jurídico internacional poderá efetivamente ser gravemente afetada pelas divergências da jurisprudência dos diversos sistemas de justiça internacional, o que levará à sua fragmentação⁴⁸.

Mais ainda, estes Autores defendem que o problema crucial se prende com a verdadeira falta de hierarquia legal entre as normas de direito internacional (com a exceção da supremacia das normas de *jus cogens*⁴⁹), e entre os diversos sistemas e tribunais, problema sobre o qual nos debruçaremos adiante.

Com efeito, este problema de conflito de jurisdições é muito comum a nível interno, mas a principal diferença, como realça Lavranos, é que a maior parte dos ordenamentos jurídicos nacionais estão dotados de um supremo tribunal, de uma última instância que determine o desfecho do litígio *in fine*, e é precisamente essa falta de regulação formal e explícita a nível internacional que tornam o problema da concorrência de jurisdições e de tribunais tão premente.

Assim, ao contrário do que afirma Anne Marie Slaughter⁵⁰, a proliferação de instâncias internacionais e a crescente “institucionalização” do Direito Internacional Público levanta problemas, como o são o maior risco de decisões conflitantes, com a falta de uma hierarquia vinculativa entre instâncias, a falta de coordenação e a falta de mecanismos formais de controlo, o que acentua o risco de fragmentação do direito internacional, quando o efeito pretendido é o oposto.

⁴⁷ SAUER, Heiko, *Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen: Die Entwicklung eines Modells zur Lösung von Konflikten zwischen Gerichten unterschiedlicher Ebenen in vernetzten Rechtsordnungen*, Springer, 2008

⁴⁸ LAVRANOS, Nikolaos, “On the need to regulate competing jurisdictions between international courts and tribunals”, European University Institute, Max Weber Programme, 2009/14, ISSN 1830-7728, p. 8.

⁴⁹ A supremacia das normas de *jus cogens* relativamente às restantes fontes de Direito Internacional é uma matéria amplamente discutida pela doutrina, mas que não será alvo de análise, atento o objetivo da presente monografia.

⁵⁰ SLAUGHTER, A.M., “A Global Community of Courts”, *Harvard International Law Journal*, 2003, pp. 191-219

2.4. Vetores de análise da proliferação dos sistemas de justiça internacional

William W. Burke White⁵¹ ensina-nos, a título de exemplo, que para analisarmos a temática da proliferação dos sistemas de justiça internacional, teremos que ter em conta sete variáveis:

- a) A diversificação dos tribunais que aplicam direito internacional público;
- b) A proliferação e o conflito hipotético das normas legais;
- c) O aumento das vias de acesso de sujeitos de direito internacional para além dos Estados aos sistemas de justiça internacional;
- d) A distinção entre jurisdição e direito aplicável nos sistemas de justiça internacional;
- e) A rápida expansão do diálogo interjudicial;
- f) A uniformização procedimental e costumeira dos tribunais e ordenamentos jurídicos;
- g) O desenvolvimento de tribunais híbridos que combinam elementos nacionais e internacionais.

Burke-White defende, assim, que é nestes sete vetores que deve assentar a análise da proliferação dos sistemas de justiça internacional, defendendo à semelhança de Romano⁵² que é a emergência de novos problemas que criam a necessidade de soluções transnacionais. O que conduziu ao surgimento da resposta do direito internacional público – o aumento de instâncias especializadas, que possam dar uma resposta cabal aos problemas que foram surgindo com a globalização e a evolução histórica a nível mundial.

Em nossa opinião, essa diversificação surge também com um maior número de tribunais nacionais a aplicar direito internacional, conduzindo a que o Direito Internacional se tornasse cada vez mais uma parte central dos procedimentos legais nacionais, sendo não raras vezes incorporado nas

⁵¹ BURKE-WHITE, William W., “International Legal Pluralism”, *Michigan Journal of International Law*, 2004, Vol.25, pp. 963 e ss.

⁵² ROMANO, Cesare P.R., “The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle”, *International Law and Politics*, Vol. 31, 1999, pp. 730 e ss.

constituições de cada país, com uma receção formal das fontes de Direito Internacional.

Assim, o Autor conclui que esta diversificação e proliferação de sistemas de justiça internacional deverá ser vista como um fator de aumento da relevância concedida ao próprio Direito Internacional Público, sendo apenas a resposta “natural” ao aumento do número de problemas transnacionais e de diferentes novas áreas, como os direitos humanos, o crime internacional, os fluxos internacionais de mercadorias ou a poluição transnacional, pelo que apesar da possibilidade do aumento de conflitos de jurisdição, essa diversificação tem um efeito mais amplo – o de conceder verdadeira relevância ao Direito Internacional Público.

Para além disso, o número de normas de direito internacional criadas, a par das instâncias, tem aumentado exponencialmente nas últimas décadas, com a assinatura de vários tratados bilaterais e multilaterais em áreas específicas que moldaram intensivamente a ordem jurídica internacional.

Mais uma vez, contrariando as vozes de protesto que defendem que tal só trará fragmentação do direito internacional e a proliferação de conflitos, como a de Joost Pauwelyn⁵³, o Autor defende que esse é “um pequeno preço a pagar” pela relevância que tal evolução concede ao direito internacional.

O Autor identifica ainda que, no panorama atual, cada vez mais os indivíduos, as organizações não governamentais e mesmo as pessoas coletivas de direito privado têm um acesso sem precedentes aos sistemas de justiça internacional, algo que também nós já expusemos. São exemplos deste acesso os sistemas do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o Tribunal de Direitos Humanos Interamericano, bem como o acesso indireto ao Tribunal Penal Internacional através do “*Office of the Prosecutor*”, ou o acesso de pessoas coletivas de direito privado no âmbito do sistema da OMC.

No entender deste Autor, ao contrário de tal crescente acesso de outros sujeitos de direito internacional poder contribuir para uma maior litigância e fragmentação, este fenómeno só contribuirá para fortalecer o ordenamento

⁵³ PAUWELYN, Joost, “Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-Connected Islands”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, 2004, pp. 929 e ss.

jurídico internacional, na senda do que também defende Anne-Marie Slaughter⁵⁴, servindo para que este seja respeitado da melhor forma.

No seu entender, a generalidade dos sistemas de justiça internacional partilha o mesmo corpo unificado de normas de direito internacional, aplicando as mesmas regras, independentemente dos seus tratados fundadores e diferentes jurisdições.

E que, mais ainda, a contrapor a fragmentação, há cada vez mais um diálogo interjudicial intenso entre instâncias, que ocorre essencialmente a três níveis – entre tribunais supranacionais⁵⁵, entre tribunais supranacionais e tribunais domésticos⁵⁶ e entre tribunais domésticos entre si⁵⁷.

Quanto ao diálogo entre tribunais supranacionais, tanto Charles Koch⁵⁸ como Jonathan Charney⁵⁹ são defensores de que há cada vez um maior diálogo entre instâncias a nível supranacional, mitigando os conflitos que possam surgir, principalmente através da análise de jurisprudência de cada uma delas, identificando estes Autores uma certa deferência de todos os tribunais em relação ao Tribunal Internacional de Justiça.

Embora não consigamos concordar completamente com a posição de Burke-White, Koch e Charney, por acharmos que é uma solução com pouco impacto prático, concordamos com a constatação do desenvolvimento de diálogo entre os diversos sistemas de justiça internacional, ainda que não mereça ainda uma nota tão evidente.

É de realçar, contudo, que quanto ao diálogo entre tribunais supranacionais e tribunais domésticos, Burke-White fundamenta a sua posição com referência a alguns casos em que os tribunais supremos dos ordenamentos jurídicos nacionais citam nas suas decisões instâncias

⁵⁴ “[...] it is possible to imagine individuals as monitors of government compliance with agreed rules, whether arrived at through a domestic or an international legislative process.” – SLAUGHTER, Anne-Marie, “International Law in a World of Liberal States”, *European Journal of International Law*, 1995

⁵⁵ *Emesa Sugar*, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, 08.02.2000, Processo C-17/98.

⁵⁶ Vide *infra* nota n.º 60.

⁵⁷ Vide *infra* notas 61, 62, 63 e 64.

⁵⁸ KOCH Jr., Charles H., “Judicial Dialogue for Legal Multiculturalism”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, 2004, pp. 879.

⁵⁹ CHARNEY, Jonathan I., “Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?”, 271 *Recueil des Cours* 105, 1998, pp. 125.

internacionais, como foi o caso do Supremo Tribunal de Justiça americano *Lawrence vs Texas*⁶⁰, em que o tribunal citou jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem relativamente ao padrão internacional de proteção dos direitos dos indivíduos de orientação homossexual.

Mais, em relação ao terceiro nível, ao diálogo existente entre tribunais domésticos, o Autor defende que é possível assistir atualmente a um aumento do diálogo entre tribunais domésticos de diversos países entre si, como foi o caso, nos EUA, do caso *Knight vs Florida*⁶¹, em que um juiz responsável por decidir emitiu um voto de vencido citando casos do Zimbabué⁶², Índia⁶³, ou do Canadá⁶⁴.

Burke-White defende, assim, com esta exposição que os acordos informais entre sistemas de justiça internacional poderiam mitigar os efeitos de um conflito e acaba por defender a solução do professor Yuval Shany⁶⁵ do respeito pelas restantes instâncias internacionais como forma de solucionar a fragmentação existente.

Em sexto lugar, Burke-White defende ainda que é possível identificar uma tendência gradual de uniformização de procedimento e costumes judiciais nos vários sistemas de justiça internacional e que mesmo que não resulte num procedimento uniforme, o que nem sequer é desejável, tem a vantagem de tornar a solução de aplicação do “comity” mais simples, à medida que os sistemas vão tendo estruturas mais similares.

Culmina com a defesa de que a utilização, por exemplo, no Tribunal Penal Internacional, de estratégias que se fundam tanto num modelo inquisitório bem como num modelo adversarial, poderá sugerir a formação de uma cultura

⁶⁰ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S., Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos da América, 2003.

⁶¹ *Knight v. Florida*, 528 U.S. 990, Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos da América, 1999.

⁶² *Catholic Commission for Justice and Peace in Zimbabwe v. Attorney General*, Supremo Tribunal de Justiça do Zimbabué, 1993.

⁶³ *Sher Singh v. State of Punjab*, Supremo Tribunal de Justiça da Índia, 1983.

⁶⁴ *Kindler v. Minister of Justice*, Supremo Tribunal de Justiça do Canadá, 1991.

⁶⁵ Solução defendida pelo professor Yuval Shany que tem por base uma ideia de entendimento entre os diversos tribunais e complexos judiciais internacionais, de forma a que cada um prestasse aos restantes uma certa deferência nas suas decisões, respeitando-as e restringindo-se de as contradizer, em virtude da cortesia existente entre os diferentes sistemas

jurídica global, essencial para solucionar a fragmentação atualmente existente, ideia que é também partilhada por Koch.⁶⁶

Por último, na análise dos vetores que identificou, o Autor defende ainda que pela formação de corpos de direito internacional, alguns até sistemas de justiça internacional que têm por base o crescimento de uma fusão entre as estruturas nacionais e internacionais, principalmente no âmbito do direito criminal, há uma hibridização desses sistemas.

É, por exemplo, o caso dos painéis especiais criados pela Autoridade Transitória das Nações Unidas para Timor-Leste⁶⁷, o Tribunal Especial para a Serra Leoa⁶⁸, ou os Tribunais semelhantes que foram propostos para os casos do Iraque⁶⁹, Camboja⁷⁰, República Democrática do Congo⁷¹, Líbano⁷² ou Kosovo⁷³.

Para Burke-White⁷⁴, a existência destes tribunais só reforça a ideia de governação global multinível que defende, combinando instâncias nacionais com instâncias internacionais, o que equilibra a unidade no ordenamento jurídico internacional e afasta a fragmentação existente.

Em suma, Burke-White é um acérrimo defensor de que o que melhor define o sistema judicial internacional em que vivemos atualmente é a oposição da

⁶⁶ Koch Jr., Charles H., “Judicial Dialogue for Legal Multiculturalism”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, 2004, pp. 879.

⁶⁷ *United Nations Transitional Authority of East Timor*, UNTAET/REG/2000/15, Organização das Nações Unidas, 2000.

⁶⁸ *Statute of the Special Court for Sierra Leone*, disponível em <http://www.sierraleone.org/specialcourtstatute>.

⁶⁹ *Statute of the Iraqi Special Tribunal for Crimes Against Humanity*, 2003, disponível em <http://www.cpa-iraq.org/humanrights/statute>.

⁷⁰ *Law On The Establishment Of Extraordinary Chambers In The Courts Of Cambodia For The Prosecution Of Crimes Committed During The Period Of Democratic Kampuchea*, 2004, disponível em

https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/KR_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng.pdf

⁷¹ A existência deste tribunal já foi discutida pelos autores e pelas forças políticas diversas vezes, mas acabou por ainda não ter sido criado, até à data.

⁷² *Statute of the Special Tribunal for Lebanon*, disponível em <https://www.stl-tsl.org/en/documents/statute-of-the-tribunal/223-statute-of-the-special-tribunal-for-lebanon>.

⁷³ Tribunal ainda em processo de criação, tendo entrado em vigor a 1 de janeiro de 2017 o acordo com o estado holandês para instalação no seu território do sistema de justiça internacional, composto por “Specialist Chambers” e um “Specialist Prosecutor’s Office”. Para desenvolvimento da questão, cfr. *Kosovo Specialist Chambers & Specialist Prosecutor’s Office*, disponível em <https://www.scp-ks.org/en>.

⁷⁴ BURKE-WHITE, William W., “International Legal Pluralism”, *Michigan Journal of International Law*, 2004, Vol.25, pp. 963 e ss.

fragmentação aos exemplos de unidade e coerência, fazendo com que tenhamos um sistema que só pode ser descrito como pluralista, que aceita uma diversidade de hipóteses, igualmente legítimas, provenientes de governos nacionais e sistemas de justiça internacional, sempre num contexto de um sistema universal, o que vai de encontro ao relatório apresentado pela Comissão de Direito Internacional, em 2006⁷⁵.

2.5. Conclusões

É neste sentido que assenta a nossa posição, porquanto reconhecer a diversidade do sistema será, assim, a melhor forma de o fazer funcionar, respeitando as diferenças de cada sistema de justiça internacional e tornando o ordenamento jurídico internacional mais eficaz e legitimado através do diálogo entre instâncias e entre utilizadores dos diversos sistemas de justiça internacional, conduzindo a uma alternativa poderosa de desenvolvimento dos sistemas de justiça internacional e do Direito Internacional Público em si.

Apesar dos riscos da proliferação dos sistemas de justiça internacional, e da possibilidade de que se desvirtue a essência do poder judicial com a multiplicação de instâncias, é nossa opinião que com a aplicação das soluções corretas para a articulação entre os diferentes sistemas de justiça internacional seja possível filtrar as vantagens dessa proliferação e contribuir para um pluralismo esclarecido no ordenamento jurídico internacional.

⁷⁵ *Fragmentation of International law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Relatório do Grupo de Estudo da Comissão de Direito Internacional, 58ª Sessão da Comissão de Direito Internacional, 2006.

III. A articulação dos diferentes sistemas de justiça internacional, a nível universal, a nível universal e regional, e a nível regional *strictu sensu*

Como se expôs na primeira parte da presente monografia, nas últimas três décadas, o número de sistemas de justiça internacional aumentou consideravelmente, por um leque de razões que já se explorou exaustivamente, o que resulta num ordenamento jurídico internacional plural, repleto de instâncias especializadas em diferentes matérias.

Mas como se articula esta multiplicidade de sistemas de justiça internacional? Esta é a questão que orienta este trabalho e a que cumpre fornecer uma resposta tão cabal quanto possível.

Com o dever dos sistemas de justiça internacional de julgarem os litígios submetidos à sua jurisdição a apresentar-se como uma questão cada vez mais inegável, quase consubstanciando, na nossa opinião, um verdadeiro dever de *non liquet*, é urgente compreender os seus fundamentos de decisão e a forma como se articularão os diferentes sistemas num campo sem qualquer tipo de hierarquia.

É sobre esta temática que se debruçará a próxima parte da presente dissertação, analisando a forma de articulação entre o Tribunal Internacional de Justiça e os tribunais universais de competência especializada (em especial, a sua articulação com o Tribunal Penal Internacional), a articulação entre o Tribunal Internacional de Justiça e o Tribunal de Justiça da União Europeia, e por último, a articulação do Tribunal de Justiça da União Europeia com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, não se analisando mais sistemas de justiça internacional por respeito à síntese exigível a este tipo de dissertação.

3.1. A articulação do Tribunal Internacional de Justiça com os restantes tribunais de jurisdição universal

3.1.1. A articulação do Tribunal Internacional de Justiça com os tribunais de competência especializada

O Tribunal Internacional de Justiça é o órgão jurisdicional máximo do sistema das Nações Unidas e, por muito tempo, foi o órgão de resolução de conflitos entre Estados por excelência.

Com efeito, com a criação dos diversos sistemas de justiça internacional especializados em razão da matéria, na década de 90, e a maior utilização do sistema arbitral, o Tribunal Internacional de Justiça foi, paulatinamente, perdendo alguma importância.

Com efeito, embora seja patente o aumento do número de casos submetidos ao Tribunal Internacional de Justiça, é também um facto que, nos últimos anos, o recurso à arbitragem como ferramenta de resolução de litígios tem-lhe retirado algum protagonismo, o que nas palavras de Nikolaos Lavranos, revela uma forte transição “[...] *from a power-based towards rule-based dispute resolution* [...]”⁷⁶.

Não obstante, o facto é que, como afirma Yuval Shany⁷⁷, quase todos os conflitos que caíam no âmbito material dos diversos sistemas de justiça internacional de competência especializada poderiam, teoreticamente, ser alvo de apreciação pelo Tribunal Internacional de Justiça, se não da mesma maneira, pelo menos a nível incidental, como foi o caso da situação na ex-República da Jugoslávia⁷⁸ contraposto com o caso de responsabilidade internacional já analisado aquando do julgamento da atuação das forças militares e paramilitares na Nicarágua⁷⁹, exposto infra.

⁷⁶ LAVRANOS, Nikolaos, “*On the need to regulate competing jurisdictions between international courts and tribunals*”, European University Institute, Max Weber Programme, 2009/14, ISSN 1830-7728.

⁷⁷ SHANY, Yuval, *Regulating Jurisdictional Relations between national and international courts*, OUP, 2007.

⁷⁸ *Tadic*, Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia, julgamento de 15 de julho de 1999, IT-94-1-A, disponível em – <http://www.un.org/icty/cases-e/index-e.htm>.

⁷⁹ *Case Concerning Military And Paramilitary Activities In And Against Nicaragua - Nicaragua vs US*, Tribunal Internacional de Justiça, julgamento de 27 de junho de 1986, disponível em – <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>.

Isto faz com que a “*jurisdição potencial*” do Tribunal Internacional de Justiça seja tão alargada, nas palavras de Shany, que vá para além do que resultaria se todas as matérias de competência especializada dos diversos complexos jurisdicionais fossem objeto de agregação.

No entanto, este problema da concorrência entre o órgão de jurisdição de tipo universal por excelência e os restantes sistemas de justiça internacional é, como expõe Shany, mitigado pelos diferentes requisitos que preenchem o *locus standi* de cada tribunal especializado, uma vez que o Tribunal Internacional de Justiça só aprecia disputas entre Estados, com exceção da apreciação indireta de casos de indivíduos por via da proteção diplomática⁸⁰.

Mais ainda, como nos ensina Shany, no que toca às disputas que envolvam organizações internacionais, é ainda mais improvável que estas não sejam alvo de concorrência entre o sistema judicial do Tribunal Internacional de Justiça e os restantes sistemas de competência especializada em razão da matéria, uma vez que este instituto da proteção diplomática já não se aplica da mesma maneira que se aplica aos particulares, restringindo as vias de proteção jurisdicional.

A concorrência entre o Tribunal Internacional de Justiça e os restantes sistemas de competência especializada em razão da matéria tem, assim, uma importância acrescida nas áreas onde há disputas entre Estados, como é o caso do âmbito de jurisdição material do Tribunal Internacional de Direito do Mar, que pode conflitar diretamente com o âmbito de jurisdição do Tribunal Internacional de Justiça, apesar da sua competência especializada, uma vez que não há nenhuma norma que retire estas matérias do âmbito geral do direito internacional, como confirmam os artigos 287º e 288º da Convenção de Montego Bay.

⁸⁰ “[...] *taking up the case of one of its nationals, by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own right, the right to ensure in the person of its nationals respect for the rule of international law [...]*”, SHANY, Yuval, *Regulating Jurisdictional Relations between national and international courts*, OUP, 2007, pp. 35, Nota n.º20.

3.1.2. A articulação do Tribunal Internacional de Justiça com o Tribunal Penal Internacional

Depois desta análise, seria fácil concluirmos que a relação do Tribunal Internacional de Justiça com o Tribunal Penal Internacional, por terem ambos uma competência *ratione personae* diferente, não aparente ser, à primeira vista, problemática de qualquer forma.

De facto, é efetivamente o que a prática sugere.

No entanto, há um certo segmento da competência em razão da matéria deste tribunal que, na nossa opinião, poderá levantar alguns obstáculos. Referimo-nos à alínea d) do n.º1 do artigo 5º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, que confere poder a esta instância para julgar casos de crimes de “agressão”⁸¹.

Com efeito, por força do disposto no n.º2 do mesmo artigo, “*O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121.º e 123.º, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas*”⁸².

Esta disposição complementar, contudo, só veio a ser aprovada em 2010, através da Resolução RC/RES.6⁸³, adotada pela Conferência de Revisão do Estatuto de Roma de 11 de junho de 2010, em Kampala.

De facto, esta resolução concedeu finalmente uma definição de “agressão”, mas colocou a jurisdição plena sobre esta matéria por parte do

⁸¹ “1 - A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves que afectam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:

- a) O crime de genocídio;
- b) Os crimes contra a Humanidade;
- c) Os crimes de guerra;
- d) O crime de agressão.”,

in Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/tpi-estatuto-roma.html>.

⁸² Cfr. art. 5º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/tpi-estatuto-roma.html>.

⁸³ Resolução disponível em <https://treaties.un.org/doc/source/docs/RC-Res.6-ENG.pdf>

Tribunal Penal Internacional pendente de decisão entre as partes para ativação da jurisdição do TPI nesta matéria, apenas após o dia 1 de Janeiro de 2017, o que até à data não ocorreu.

Assim, por força do artigo 8º *bis* do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional:

“[...] ‘crime of aggression’ means the planning, preparation, initiation or execution, by a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State, of an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations.

2. For the purpose of paragraph 1, ‘act of aggression’ means the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations. Any of the following acts, regardless of a declaration of war, shall, in accordance with United Nations General Assembly resolution 3314 (XXIX) of 14 December 1974, qualify as an act of aggression [...]”

Mas levanta-se a questão – será este conceito identificável com o conceito de agressão da Carta das Nações Unidas e da jurisprudência do Tribunal de Justiça Internacional?

Por um lado, o nº2 do artigo 8º *bis*, ao incorporar a Resolução 3314 da Assembleia Geral das Nações Unidas⁸⁴, exerce uma espécie de deferência a este sistema judicial, identificando o conceito de agressão e uso ilícito da força com o da Organização das Nações Unidas e, neste ponto, torna-se uma emenda ao Estatuto louvável, que contribui para uma melhor coerência entre os dois sistemas.

No entanto, por outro lado, o elenco do artigo 8º *bis* não nos parece ser taxativo⁸⁵, com a utilização do vocábulo “*shall*”, deixando em aberto a hipótese

⁸⁴ Resolução nº3314 da Assembleia Geral das Nações Unidas, disponível em <http://legal.un.org/avl/ha/da/da.html>.

⁸⁵ “Any of the following acts [...] shall [...] qualify as an act of aggression” - nº2 do artigo 9º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, versão original em língua inglesa disponível em

da qualificação de outros atos de agressão por parte do Tribunal Penal Internacional, o que faz com que o risco de contradição não esteja eliminado.

3.2. A articulação do sistema de justiça internacional universal do Tribunal Internacional de Justiça com o sistema de justiça regional do Tribunal de Justiça da União Europeia

À semelhança do que afirmava para a relação entre os tribunais de competência especializada e o Tribunal Internacional de Justiça, Yuval Shany⁸⁶ defende que qualquer disputa que caia na jurisdição de um sistema judicial regional poderia, em teoria, ser submetido ao Tribunal Internacional de Justiça.

O oposto, todavia, já não será verdade, dada a delimitação tão restrita destes corpos judiciais, tanto *ratione materiae*, como a nível geográfico, bem como dada a existência de cláusulas de exclusividade de jurisdição, como é exemplo o art. 273º do TFUE⁸⁷.

No entanto, o problema das “jurisdições sobrepostas”⁸⁸ não deixa aqui de se aplicar, agravado pelo papel dominante dos particulares e das organizações internacionais na litigância destes tribunais e pela aceitação, grosso modo, por parte destes sistemas de justiça regional, do sistema de justiça universal *onusiano*.

Isto faz com que seja fácil esperar que questões similares possam ser discutidas perante o Tribunal Internacional de Justiça e outras instâncias

https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf.

⁸⁶ SHANY, Yuval, *Regulating Jurisdictional Relations between national and international courts*, OUP, 2007.

⁸⁷ “O Tribunal de Justiça é competente para decidir sobre qualquer diferendo entre os Estados-Membros, relacionado com o objeto dos Tratados, se esse diferendo lhe for submetido por compromisso.”

⁸⁸ Ressalvamos que este não é o único caso de sobreposição material de jurisdições a nível regional, porquanto é situação bastante similar a presente no caso dos sistemas de justiça com jurisdição para julgar os casos de violação de direitos humanos com base na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

Com efeito, fruto da não ratificação do protocolo necessário para entrada em funcionamento do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos, resultando de uma fusão com o Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos, os dois sistemas judiciais mantêm-se em funcionamento, com uma sobreposição *ratione materiae* das duas jurisdições, situação que permanece sem solução.

regionais, em especial, perante o Tribunal de Justiça da União Europeia, que cobre uma área geográfica tão ampla, com largos poderes jurisdicionais sobre os Estados-membros da União Europeia.

A jurisdição do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre os litígios emergentes entre Estados-membros tem estado sob pressão, fruto da proliferação dos sistemas de justiça internacional e da forte expansão da criação de relações da União Europeia com Estados terceiros e dos seus próprios Estados-membros com Estados fora da União.

Consequentemente, o Tribunal de Justiça da União Europeia tem cada vez mais sido chamado para interpretar aspetos legais do direito internacional, que se tornou parte do Direito da União por se integrar em áreas sujeitas à jurisdição e competência da União Europeia.

Como facilmente se pode constatar, isso faz com que possa existir uma “*sobreposição legislativa*” entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e outros tribunais internacionais, como é o caso do Tribunal Internacional de Justiça, o que poderá pôr em causa a exclusiva jurisdição da União para interpretar e aplicar direito comunitário, ou pelo menos, o início de procedimentos nos dois tribunais, ao mesmo tempo⁸⁹.

Contudo, a verdade é que, no Direito da União Europeia, existem consequências para os Estados-membros pela escolha de outra jurisdição que não a do TJUE, podendo estar sujeitos a uma ação por incumprimento, o que não acontece, contudo, no caso da jurisdição do TIJ.

Imaginemos uma situação em que ambos os sistemas de justiça internacional se declaram competentes para resolver uma determinada matéria, por exemplo, se estivermos no âmbito de um litígio emergente de uma área de competências partilhadas entre a União Europeia e os seus Estados-membros, em que o Tribunal de Justiça da União Europeia se afirma como competente para resolver o litígio *prima facie*, e o Tribunal

⁸⁹ Por exemplo, em relação à legalidade dos testes nucleares realizados pela França na década de 90, foram iniciados procedimentos tanto no Tribunal Internacional de Justiça – *Examination of Nuclear Tests Judgment*, Tribunal Internacional de Justiça, 1995, 285 – como no Tribunal das Comunidades Europeias – *Danielsson*, Tribunal das Comunidades Europeias, 1995, ECR II-3051.

Internacional de Justiça afirma também a sua competência, enquanto órgão de resolução de conflitos de Estados que tenham aceite a sua jurisdição.

Com efeito, como nos ensina Amerasinghe⁹⁰, “[...] *the state parties to the dispute must, first, have become parties to the Statute of the ICJ by either becoming a member of the UN or by accepting the Statute itself, if it is not a member of the UN, and, secondly, have accepted the Court’s jurisdiction pursuant to Article 36(1) or (2).*”

Esta jurisdição do Tribunal Internacional de Justiça é, assim, uma jurisdição dependente de aceitação, e sujeita a possíveis reservas, o que já não acontece com a jurisdição do Tribunal de Justiça da União Europeia, uma jurisdição plena (salvas pontuais exceções⁹¹) perante os seus Estados-membros, que devem, à luz do princípio da cooperação leal, resolver os seus litígios através do sistema judicial regional, o que parece uma vitória da construção do sistema europeu de integração face ao sistema universal.

Não obstante, há determinadas matérias que constituem, nas palavras de Amerasinghe⁹², uma *inherent jurisdiction*, que não pode ser afastada, como o é a jurisdição do tribunal para determinar a sua própria jurisdição – *La compétence de la compétence*, prevista no nº6 do artigo 36º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça.

Assim sendo, o problema persiste, uma vez que esta norma conflitua diretamente com a ideia da plenitude e exclusividade do sistema judicial da União Europeia para resolver os seus próprios conflitos, sendo o equilíbrio entre esta organização e a Organização das Nações Unidas crucial.

Pois inevitavelmente, este quadro legislativo acaba por conduzir a um maior número de situações em que o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal Internacional de Justiça têm que regular, ou pelo menos

⁹⁰ AMERASINGHE, Chittharanjan Felix, *Jurisdiction of specific international tribunals*, Leiden, Nijhoff, 2009.

⁹¹ A título de exemplo, o TJUE não dispõe de competência no que diz respeito às disposições relativas à política externa e de segurança comum, nem no que diz respeito aos atos adotados com base nessas disposições (cfr. art. 275º do TFUE), nem para fiscalizar a validade ou a proporcionalidade de operações efetuadas pelos serviços de polícia ou outros serviços responsáveis pela aplicação da lei num Estado-Membro, nem para decidir sobre o exercício das responsabilidades que incumbem aos Estados-Membros em matéria de manutenção da ordem pública e de garantia da segurança interna (cfr. art. 276º do TFUE).

coordenar, a sua posição e o seu exercício de jurisdição sobre uma determinada situação, havendo inclusive algumas situações em que será necessário reter a sua autoridade em nome de uma melhor resolução dos conflitos, como é exemplo paradigmático a jurisprudência *Kadi*⁹³, que analisaremos brevemente como meio de ilustrar essa necessidade de coordenação.

Com efeito, após a grande reprovação, por parte da opinião pública, das medidas aplicadas ao Iraque na década de 90, a Organização das Nações Unidas enveredou por outro caminho, o da aplicação de “*targeted sanctions*” ou “*smart sanctions*”, direcionadas unicamente para indivíduos ou grupos associados à prática dos atos ilícitos que se tencionavam reprimir, assim reduzindo o impacto que poderiam ter nas populações civis.

Promoveu-se a utilização do método do registo negativo, incorporando o nome dos indivíduos considerados associados à execução daqueles ataques numa lista anexa à resolução, surgindo a política do “*blacklisting*”, pretendendo-se com estas *smart sanctions* que as medidas fossem mais eficazes e mais justas, numa espécie de “legítima defesa preventiva”.

Assim, com o objetivo de exercer pressão no governo afegão para a extradição de *Usama Bin Laden*, o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, garante máximo da paz e segurança internacionais, adotou, ao abrigo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, a Resolução 1267⁹⁴, ordenando aos seus Estados-membros que adotassem medidas de congelamento de fundos e recursos financeiros de todos os membros, bem como de apoiantes, do movimento rebelde talibã.

Concomitantemente, o Conselho de Segurança procedeu à criação de um “Comité de Sanções”, responsável por elaborar a “lista negra” (como ficou vulgarmente conhecida) dos indivíduos e pessoas coletivas que entendia

⁹³ *Kadi / Conselho e Comissão*, Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 21 de setembro de 2005, Processo nº T-315/01, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dba52e7a050ed6467490eb8a6d82ddd35e.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuKbNb0?text=&docid=65739&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=220515>.

⁹⁴ S/RES/1267, Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, 15 de outubro de 1999, disponível em http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1267%281999%29.

associados ao movimento, comitê este formado por representantes dos 15 membros do Conselho de Segurança, que obedecia a critérios puramente políticos, consoante a sua margem de apreciação, não oferecendo vias de recurso para além de um instituto de reexame, dependente da proteção diplomática concedida aos indivíduos.

Um ano mais tarde, o Conselho de Segurança das Nações Unidas adotou a Resolução 1333⁹⁵, de forma a incluir no processo de “*blacklisting*” os apoiantes de *Usama Bin Laden* e, em 2002, este quadro foi atualizado de acordo com a Resolução 1390⁹⁶, que ultrapassou a barreira da territorialidade, aplicando-se estas sanções a qualquer pessoa ou entidade associada⁹⁷ com a *Al-Qaeda* e com *Usama Bin Laden*, e introduzindo, além das sanções anteriormente previstas, a proibição de voos e os embargos de armas.

Com os ataques de 11 de Setembro de 2001, a situação agravou-se, crescendo o receio global do “monstro do terrorismo”, o que levou a uma adoção, por parte do Conselho de Segurança, da Resolução 1373⁹⁸, que estabeleceu uma “lista negra” paralela ao sistema já existente, na qual seriam

⁹⁵ S/RES/1333, Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, 19 de dezembro de 2000, disponível em

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/806/62/PDF/N0080662.pdf?OpenElement>.

⁹⁶ S/RES/1390, Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, 28 de janeiro de 2002, disponível em

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/216/02/PDF/N0221602.pdf?OpenElement>.

⁹⁷ A definição de “associado com” foi estabelecida pelas Nações Unidas em 2005, através da Resolução 1617 do Conselho de Segurança, tendo um âmbito bastante amplo, incluindo “[...] a participação no financiamento, planeamento, na facilitação, preparação ou na execução de atos ou catividades em associação com a Al-Qaida, Usama bin Laden ou os Taliban, ou qualquer célula, entidade afiliada ou grupo dissidente ou procedente deles, ou realizados em seu nome, por sua conta, ou em seu auxílio; o fornecimento, a venda ou a transferência de armas e material conexo à Al-Qaida, a Usama bin Laden ou aos Taliban, ou a qualquer célula, entidade afiliada ou grupo dissidente ou procedente deles; o recrutamento em favor da Al-Qaida, de Usama bin Laden ou dos Taliban, ou de qualquer célula, entidade afiliada ou grupo dissidente ou procedente deles; ou o auxílio de qualquer tipo a atos ou catividades praticados pela Al-Qaida, por Usama bin Laden ou pelos Taliban, ou por qualquer célula, entidade afiliada ou grupo dissidente ou procedente deles [...]” – cfr. S/RES/1617, Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, 29 de Julho de 2005, disponível em: <http://bo.io.gov.mo/bo/ii/2005/52/aviso25.asp>.

⁹⁸ S/RES/1373, Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, 28 de setembro de 2001, disponível em

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/557/43/PDF/N0155743.pdf?OpenElement>.

incluídos, agora pelos Estados e já não apenas pelo Conselho de Segurança, todos os indivíduos e entidades que levassem a cabo a prática de ataques terroristas, ou que os apoiassem ou facilitassem a sua execução.

Esta resolução, como se pode facilmente entender, levantou alguns problemas, uma vez que deixou à discricionariedade dos Estados a inclusão de entidades e indivíduos na lista, já não se baseando num conceito como a “associação” a determinado grupo, à *Al-Qaeda*, mas num conceito indeterminado – o “terrorismo” – que não tinha, no nosso entender, consistência suficiente para conceder uma base legal sólida para estas indicações.

Foram assim criados dois sistemas de “*blacklisting*”, que aglomeraram centenas de indivíduos e entidades, dando origem a um novo paradigma de sanções económicas, já não aplicáveis a Estados, mas sim a indivíduos, promovendo a eficiência das “sanções direcionadas” e, aparentemente, eliminando os efeitos nefastos que as sanções estatais tinham nas populações civis.

Após a inclusão nesta lista, caberia aos Estados-membros das Nações Unidas implementar essa resolução e aplicar as medidas restritivas aos indivíduos, congelando os seus fundos e impondo as restrições necessárias, fruto do art. 25º da Carta das Nações Unidas⁹⁹, isto sob, como bem refere Maria Luísa Duarte¹⁰⁰, um duplo alcance: por um lado, um dever de natureza quase “executiva”, com os Estados a funcionarem como uma autoridade administrativa, e por outro lado, uma obrigação de âmbito geral que requer que os Estados adotem legislação interna na matéria.

Ao nível europeu, após a adoção das Resoluções 1267 e 1373, foram criados, respetivamente, dois sistemas de sanções, um para cada uma das resoluções.

⁹⁹ “*Os membros das Nações Unidas concordam em aceitar e aplicar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta.*”, in Carta das Nações Unidas, versão portuguesa disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/onu-carta.html>

¹⁰⁰ DUARTE, Maria Luísa, “O Tribunal de Justiça da União Europeia e o Controlo Indirecto das Decisões do Conselho de Segurança. Sobre os critérios relevantes de conciliação prática entre a luta contra o terrorismo internacional e a proteção dos direitos fundamentais”, in *Themis*, ano XIII, n.ºs 24/25, 2013, pp. 49-76.

No que concerne ao sistema da Resolução 1267, assistimos a uma adoção integral pelo ordenamento europeu da lista proposta pelo complexo onusiano¹⁰¹, enquanto no que concerne ao sistema da Resolução 1373, isto é, à “lista negra” de terroristas, a União Europeia adotou um sistema autónomo¹⁰².

A este nível, podemos ainda constatar uma certa evolução em relação à aplicação de sanções diretamente pelo Comité de Sanções (subsidiário ao Conselho de Segurança da ONU), uma vez que, por força do parágrafo segundo do art. 275º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia¹⁰³, o Tribunal de Justiça da União Europeia tem, não obstante as suas limitações de fiscalização no âmbito da Política Externa e de Segurança Comum, competência para fiscalizar a aplicação destas medidas restritivas, adotadas no âmbito da PESC.

Com efeito, esta exceção à competência *ratione materiae* do TJUE prende-se diretamente com a questão da garantia dos direitos fundamentais na ordem jurídica da União Europeia, assunto que se tornou ainda mais importante após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, pela elevação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia a direito originário e pela proteção dos direitos fundamentais passar a estar incluída nos valores da União, o que será também claramente consequência do caso *Kadi*.

Após a adoção da Resolução 1267 por parte do Conselho de Segurança, foi adotada pela UE uma Posição Comum no âmbito da PESC - a Posição

¹⁰¹ Regulamento do Conselho relativo a uma proibição de voos e a um congelamento de fundos aplicável aos talibãs do Afeganistão, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A51999PC0662>.

¹⁰² Posição comum do Conselho, de 27 de dezembro de 2001, relativa à aplicação de medidas específicas de combate ao terrorismo, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32001E0931>.

¹⁰³ “O Tribunal de Justiça da União Europeia não dispõe de competência no que diz respeito às disposições relativas à política externa e de segurança comum, nem no que diz respeito aos atos adotados com base nessas disposições.

Todavia, o Tribunal é competente para controlar a observância do artigo 40.o do Tratado da União Europeia e para se pronunciar sobre os recursos interpostos nas condições do quarto parágrafo do artigo 263.o do presente Tratado, relativos à fiscalização da legalidade das decisões que estabeleçam medidas restritivas contra pessoas singulares ou coletivas, adotadas pelo Conselho com base no Capítulo 2 do Título V do Tratado da União Europeia.” – art. 275º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=pt>.

1999/727 - com o intuito de promovê-la – e em 2000, o regulamento 337/2000, relativo a uma proibição de voos e congelamento de fundos e outros recursos financeiros aplicáveis aos talibãs, e em 2001 o regulamento 467/2001, revogando o anterior, que veio definir a natureza dos fundos e o congelamento dos mesmos, bem como os indivíduos e entidades designados pela lista a terem os seus fundos indisponibilizados.

Posteriormente foram adotados os regulamentos 2062/2001 pela Comissão, alterando o 467/2001 e o regulamento 881/2002 pelo Conselho, revogando o regulamento 467/2001, aditando indivíduos à lista.

O nome de *Yassin Abdullah Kadi*, residente na Arábia Saudita, foi adicionado ao Anexo I do regulamento 467/2001, o que fez com que os seus fundos no território da UE fossem congelados.

Face a este quadro, Kadi interpôs, em 18 de dezembro de 2001, um pedido de anulação do regulamento 467/2001 e do regulamento 2062/2001 no Tribunal de Primeira Instância, dando origem ao que é hoje conhecido como o primeiro acórdão *Kadi*¹⁰⁴.

Um dos principais problemas levantados por este acórdão é a coordenação do ordenamento jurídico comunitário com o ordenamento jurídico da Organização das Nações Unidas e a relação entre a ordem jurídica internacional proveniente da ONU e o direito comunitário, sendo que o Tribunal de Primeira Instância quis analisar até que ponto é que o direito comunitário se encontrava subordinado àquela ordem jurídica ou não, para poder determinar a sua competência para fiscalizar a legalidade deste regulamento, uma vez que ele surgiu no seguimento de uma resolução do Conselho de Segurança¹⁰⁵.

O Tribunal acabou por declarar, neste primeiro acórdão, que as obrigações dos Estados-membros da ONU decorrentes da Carta das Nações

¹⁰⁴ *Kadi / Conselho e Comissão*, Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 21 de Setembro de 2005, Processo n.º T-315/01., disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dba52e7a050ed6467490eb8a6d82ddd35e.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuKbNb0?text=&docid=65739&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=220515>.

¹⁰⁵ *Ibid.*, cfr. nrs. 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 192, 193, 199, 203, 204 e 207.

Unidas sobrepujam-se a qualquer outra obrigação de direito interno ou de direito internacional convencional, por força do art. 103º da CNU¹⁰⁶.

Porém, a verdade é que a então Comunidade não estaria vinculada pela Carta, por não ser membro da ONU nem destinatária das resoluções do Conselho de Segurança, nem sua sucessora nos direitos e obrigações dos seus Estados-membros na aceção do direito internacional público.

Mas o Tribunal de Primeira Instância acaba por reforçar essa primazia pelo recurso à letra do art. 351º do TFUE, anterior art. 307º TCE¹⁰⁷¹⁰⁸, o que faz com que se considere que a Comunidade esteja vinculada pelas obrigações da Carta das Nações Unidas, tal como os seus Estados-membros, por força do próprio tratado que a institui, visto que no momento de assinatura desse tratado os Estados membros estavam vinculados pelos seus compromissos nos termos da Carta.

A Comunidade não poderia assim violar as obrigações que incumbem aos Estados-membros por força da Carta das Nações Unidas, nem obstar à sua execução, estando obrigada a adotar todas as disposições necessárias para permitir que os Estados-membros cumpram as suas obrigações¹⁰⁹.

O Tribunal de Primeira Instância defendeu assim que as instituições europeias agiram com uma competência vinculada, não tendo nenhum tipo de discricionariedade, e que qualquer fiscalização da legalidade desse regulamento implicaria uma fiscalização das próprias resoluções do Conselho de Segurança, o que extravasa o âmbito de competência do tribunal, por poder haver uma declaração implícita de que aquela resolução violaria os direitos

¹⁰⁶ “No caso de conflito entre as obrigações dos membros das Nações Unidas em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta”, in art. 103º da Carta das Nações Unidas, cuja versão portuguesa está disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/onu-carta.html>.

¹⁰⁷ “[...] as disposições do presente tratado não prejudicam os direitos e obrigações decorrentes de convenções concluídas antes de 1 de Janeiro de 1958 ou em relação aos Estados que aderem à comunidade, anteriormente à data da respectiva adesão, entre um ou mais Estados-membros, por um lado, e um ou mais Estados-membros, por outro [...]”, in art. 351º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=pt>.

¹⁰⁸ *Kadi / Conselho e Comissão*, Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 21 de setembro de 2005, Processo nº T-315/01 – cfr. nº185.

¹⁰⁹ *Ibid.*, cfr. nº204.

fundamentais do indivíduo e isto ir contra um princípio de articulação entre ordens jurídicas, uma vez que essas resoluções são da exclusiva responsabilidade do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas¹¹⁰.

Assim, essa resolução escaparia à fiscalização do Tribunal de Primeira Instância, não estando ele autorizado a pôr em causa, nem que de forma incidental, a sua legalidade à luz do direito comunitário.

Este é um caso de clara deferência e coordenação do Tribunal de Justiça da União Europeia (à data, concretamente Tribunal de Primeira Instância), em relação ao ordenamento jurídico onusiano, embora na sua veste de decisão do Conselho de Segurança, por forma a evitar uma contradição expressa, caso decidisse de forma contrária ao que já tinha sido estabelecido.

Esta foi, na nossa opinião, uma decisão que se reveste de uma maior qualidade política do que jurídica, assente no panorama das relações internacionais à data, em que a ONU detinha a posição superior, e uma decisão pouco ousada, pondo em causa a proteção jurisdicional dos indivíduos em nome da coordenação e coerência dos sistemas, o que é um contra polo que, a nosso entender, não é aceitável.

Este primeiro caso da jurisprudência *Kadi* ilustra, assim, a necessidade de soluções firmes e que assegurem os direitos das partes envolvidas, para que o risco das ditas “*jurisdições sobrepostas*” não acabe por prejudicar a tutela jurisdicional efetiva, como prejudicou no caso *sub judice*, em nome da coerência do direito internacional.

Contudo, cumpre-nos expor que a situação foi alterada nos acórdãos posteriores da jurisprudência *Kadi*, o que nos deu uma nova visão sobre a articulação entre o sistema onusiano e o sistema europeu, demonstrando a evolução volátil do ordenamento jurídico internacional.

De facto, a 17 de novembro de 2005, *Kadi*, em conjunto com a Al Barakaat International Foundation, que tinha sido alvo de uma medida similar, interpõe recurso no Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias,

¹¹⁰ Ibid., cfr. nrs. 214º, 215º, 218º e 219º.

requerendo a anulação integral do acórdão do Tribunal de Primeira Instância e a declaração de invalidade do regulamento 881/2002.

O TJCE teceu várias considerações importantes acerca deste assunto. Com efeito, defendeu que um acordo internacional não pode pôr em causa a ordem das competências estabelecidas pelos Tratados e, consequentemente, a autonomia do sistema de justiça comunitário, assegurado pelo Tribunal de Justiça.

Mais ainda, defendeu que os direitos fundamentais, segundo jurisprudência constante, fazem parte dos princípios gerais de direito, sendo um requisito da legalidade dos atos comunitários, pelo que as obrigações impostas por um acordo internacional não podem ter por efeito a violação dos princípios constitucionais do Tratado da Comunidade Europeia.

A fiscalização da legalidade que deve ser assegurada pelo juiz comunitário tem por objeto o ato comunitário destinado a implementar o acordo e não este último enquanto tal - não competindo a este juiz comunitário fiscalizar a resolução adotada, nem à luz do *jus cogens*¹¹¹.

Importa salientar que a Carta das Nações Unidas não impõe, no entanto, a escolha de um modelo determinado para a implementação das resoluções adotadas, havendo uma liberdade de escolha, o que faz com que a fiscalização jurisdicional interna do regulamento à luz dos direitos fundamentais não esteja excluída.

Apesar de o art. 307º do TCE definir uma prevalência dos acordos internacionais sobre o direito comunitário, em caso algum isto poderia levar a que fossem postos em causa princípios fundamentais do ordenamento jurídico comunitário, entre os quais o da proteção dos direitos fundamentais, não sendo extensível ao direito primário, a estes princípios fundamentais - o que é corroborado pelo art. 300º/6 TCE (hoje o art. 218º/11 do TFUE) segundo o qual um acordo não poderá entrar em vigor se o Tribunal de Justiça da União Europeia der um parecer negativo sobre a sua compatibilidade com os tratados.

¹¹¹ *Kadi e Al Barakaat International Foundation/Conselho e Comissão*, Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de setembro de 2008 – cfr. nrs. 282, 283, 284, 285, 286, 287.

O tribunal não considerou que este regulamento era um ato diretamente imputável à ONU e que a fiscalização jurisdicional a nível europeu era uma verdadeira garantia constitucional decorrente do tratado enquanto sistema jurídico autónomo que um acordo internacional não pode pôr em causa.

As jurisdições comunitárias deveriam assim, assegurar a fiscalização da legalidade de todos os atos comunitários, à luz dos direitos fundamentais, acabando o TJCE por declarar que houve um verdadeiro erro de direito do TPI ao declarar a imunidade de jurisdição deste regulamento.

Com efeito, como é defendido pela jurisprudência no caso *Les Verts*, a União Europeia enquanto União de Direito¹¹², nunca poderia excluir do âmbito de controlo jurisdicional os atos dos seus órgãos que aplicam decisões do Conselho de Segurança, não podendo nunca esses atos beneficiar de imunidade de jurisdição, como beneficiaram no primeiro acórdão *Kadi*¹¹³.

Como o Conselho não comunicou aos recorrentes os elementos de acusação que fundamentavam aquelas medidas restritivas, nem lhes deu o direito de tomarem conhecimento dos mesmos num prazo razoável, os direitos de defesa não foram respeitados e houve uma verdadeira violação do direito a um recurso jurisdicional efetivo, algo que não foi sanado por este recurso, pelo que o TJCE declarou que este regulamento violava esse princípio, não fornecendo garantias suficientes aos recorrentes.

Na sequência deste acórdão, a Comissão Europeia comunicou a Y. A. Kadi a exposição de motivos da inscrição deste último na dita lista que lhe tinha sido fornecida pelo Comité de Sanções.

¹¹² “[T]he European Economic Community is a Community based on the rule of law, inasmuch as neither its Member States nor its institutions can avoid a review of the question whether the measures adopted by them are in conformity with the basic constitutional charter, the Treaty” – Parti écologiste “Les Verts” v European Parliament, Tribunal de Justiça da União Europeia, Caso 294/83, 23 de Abril de 1986, disponível em - <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61983CJ0294>.

¹¹³ *Kadi / Conselho e Comissão*, Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 21 de setembro de 2005, Processo nº T-315/01, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dba52e7a050ed6467490eb8a6d82ddd35e.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuKbNb0?text=&docid=65739&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=220515>.

Depois de recolher as suas considerações, a Comissão decidiu, através de novo regulamento - Regulamento 1190/2008 - manter o nome deste na lista relativa às pessoas às quais se mantinham as medidas restritivas.

O Tribunal Geral anulou este novo regulamento da Comissão por Acórdão de 30 de Setembro de 2010¹¹⁴, defendendo que deveria existir uma fiscalização jurisdicional integral e rigorosa da legalidade deste ato, fiscalização esta que tinha que ser extensível aos elementos de prova inerentes aos motivos em que o mesmo se baseia, e entendendo que a comunicação da Comissão tinha sido demasiado vaga, o que levou a uma nova violação dos direitos de defesa de Kadi e do seu direito a uma proteção jurisdicional efetiva.

A Comissão, o Conselho e o Reino Unido interpuseram recurso deste último acórdão, o que deu origem ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de julho de 2013¹¹⁵.

O Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu então que a maior parte dos motivos acolhidos contra Kadi eram precisos e concretos o suficiente para permitir um exercício útil dos seus direitos de defesa e uma fiscalização jurisdicional da legalidade e que não tendo sido apresentado nenhum elemento de prova para comprovar as alegações contra Kadi relativas ao seu envolvimento em atividades terroristas internacionais, não havia razão suficiente para adotar medidas restritivas ao nível da União contra este, decidindo pela anulação do novo regulamento da Comissão.

Os acórdãos subsequentes da jurisprudência *Kadi*, assim, funcionaram como fortes catalistas da crise de legitimidade destas medidas, nas palavras de Sullivan e Hayes¹¹⁶, ao abrirem um confronto direto entre o ordenamento jurídico onusiano e o europeu e desvalorizarem o primado da ordem

¹¹⁴ *Yassin Abdullah Kadi contra Comissão Europeia*, Acórdão do Tribunal Geral de 30 de setembro de 2010, Processo nº T-85/09.

¹¹⁵ *Comissão / Kadi*, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 18 de julho de 2013, Processo nº C-584/10.

¹¹⁶ SULLIVAN, Gavin e HAYES, Ben, *Blacklisted: Targeted sanctions, preemptive security and fundamental rights*, European Center for Constitutional and Human Rights, 2010, disponível em

<http://www.ecchr.eu/en/documents/publications/ecchr-publications/articles/blacklisted-targeted-sanctions-preemptive-security-and-fundamental-rights.html>

internacional, abrindo as portas à revisão judicial do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Em jeito de conclusão, poderemos dizer, contudo, que este não é um dos problemas mais prementes de articulação entre sistemas de justiça internacional, em grande parte em virtude da posição que a jurisdição imposta pelo Direito da União ocupa no seio dos Estados-membros da UE, conduzindo a que estes hesitem em procurar um foro para além do TJUE, uma vez que um largo espectro de matérias se encontra abrangido pelos tratados e que, mais uma vez se reforça, existem consequências para a violação do *princípio da cooperação leal*, como a possibilidade de sujeição a uma ação por incumprimento¹¹⁷.

Exceção feita, claro está, aí se levantando os principais problemas de sobreposição *ratione materiae*, no caso de matérias altamente especializadas com jurisdições ativas, como é o caso do Direito Internacional do Mar e do comércio mundial, abrangido pela OMC, caso em que apesar de existirem normas da União previstas, poder ser argumentado que estas não serão suficientes para acautelar todas as questões.

3.3. A articulação dos diferentes sistemas de justiça internacional regionais – o caso da articulação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem com o Tribunal de Justiça da União Europeia e o problema da adesão da UE à CEDH.

Outro foco de conflito de “jurisdições sobrepostas”, e talvez um dos mais prementes, por assistirmos a um maior número de casos concorrenciais, é o foco emergente da contraposição entre sistemas de justiça regionais, com uma jurisdição comparável tanto *ratione personae* como *ratione materiae*, uma vez que também o TJUE, à semelhança do TEDH, poderá versar sobre direitos fundamentais.

¹¹⁷ Cfr. art. 259º do TFUE.

Neste seio, o conflito mais proeminente, na opinião de Yuval Shany¹¹⁸, que nós partilhamos, é aquele existente entre o sistema de justiça da União Europeia, encabeçado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, e o sistema de garantia da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, encabeçado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Este conflito é agravado pelo problema da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, uma vez que contende diretamente com um grande obstáculo – a concorrência material parcial dos dois sistemas.

Se por um lado, os sistemas não têm o mesmo âmbito de jurisdição formal, em termos de legitimidade passiva, uma vez que não são só Estados-membros da União Europeia, submetidos à jurisdição do Tribunal da Justiça da União Europeia, que são partes da Convenção Europeia, cujas partes estão submetidas à jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, mas também outros Estados extra-União; por outro lado, têm âmbitos de jurisdição material parcialmente verdadeiramente concorrentes, uma vez que tanto uma instância como a outra podem versar sobre a apreciação da violação de direitos humanos, ainda que a do TEDH seja mais restrita.

Embora a CDFUE e a CEDH sejam catálogos de direitos humanos relativamente semelhantes, no que toca à previsão de direitos, o dissenso reside nas diferentes conotações e graus de intensidade conferidos aos diversos direitos previstos, fruto de circunstâncias históricas e mesmo jurisprudenciais, que colocam estas duas instâncias, não raras vezes, em contradição quanto aos direitos consagrados em ambas.

Uma destas situações é a situação do caso *Matthews*¹¹⁹, caso paradigmático da relação entre o TEDH e o ordenamento jurídico da União Europeia, cujo litígio se inicia quando, em 1994, a senhora Denise Matthews requer ao *Electoral Registration Officer* de Gibraltar o registo como eleitor nas eleições para o Parlamento Europeu.

¹¹⁸ SHANY, Yuval, *Regulating Jurisdictional Relations between national and international courts*, OUP, 2007

¹¹⁹ *Case of Matthews vs United Kingdom*, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 1999, Processo n.º24833/94.

Gibraltar é um território dependente do Reino Unido, por virtude da *Commonwealth*, mas no que toca à União Europeia é considerado um “país terceiro”, apenas sendo aplicáveis naquele território as normas europeias respeitantes à liberdade de circulação de pessoas, serviços e capital, bem como de proteção no âmbito de algumas outras áreas, mas não tendo os seus cidadãos a “cidadania da União”, pelo que o seu pedido de registo foi rejeitado.

Não satisfeita com o indeferimento, a senhora Matthews recorreu então para o TEDH, por alegada violação do art. 3.º do Protocolo n.º 1, ou seja, do seu direito a eleições livres, que acaba por concluir pela violação do referido artigo da CEDH, fundamentando a sua decisão no dever do Reino Unido de assegurar o cumprimento dos preceitos da CEDH nos seus territórios dependentes, designadamente, em Gibraltar.

Para além disso, uma vez que o Parlamento Europeu é um órgão legislativo, o TEDH achou que o direito às eleições tinha que ser assegurado, uma vez que os seus atos eram também eficazes no território de Gibraltar.

Após a decisão do Tribunal de Estrasburgo, o Reino Unido acatou-a e adotou os procedimentos necessários para que os cidadãos de Gibraltar pudessem votar.

O caso levanta várias questões interessantes, como a da cidadania da União, mas optamos por não as expor exaustivamente, realçando o que nos parece mais notável para a monografia – o facto de um Tribunal fora do ordenamento jurídico da União, como o é o TEDH, poder moldar algo de tão crucial como o sistema de eleições da própria União Europeia.

Embora, na nossa opinião, tenha sido uma boa decisão, ela abre um precedente para a fiscalização de normas internas do ordenamento jurídico europeu, que deve ser olhada com cautela, como veremos com a análise do caso *Bosphorus*, analisado *infra*¹²⁰.

Mais ainda, com o objetivo de adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o problema da concorrência parcial *ratione materiae* entre estes dois sistemas de justiça regionais poderá tornar-se ainda mais complexo, uma vez

¹²⁰ Ver *infra* ponto 4.3.

que, em teoria, o Tribunal de Estrasburgo ganhará competência para analisar a pedido, já não indiretamente, mas de uma forma expressa, a conformidade de atos do ordenamento jurídico da UE com a CEDH.

Numa área tão propensa à litigância pelos particulares como é a área da proteção dos direitos fundamentais, somos da opinião que esta matéria da concorrência entre os dois sistemas é uma das mais prementes, uma vez que o TJUE terá uma posição equiparada aos tribunais nacionais dos Estados sujeitos à jurisdição do TEDH, e não uma posição igualitária, ao mesmo nível, pelo que este poderá, desta forma, afetar diretamente as competências da União ou as atribuições das suas instituições, especialmente a própria competência do TJUE, como refere Maria José Rangel de Mesquita¹²¹, de forma a que, em nome da proteção jurisdicional efetiva dos indivíduos, não se torne o sistema incoerente e, em última instância, ineficaz.

Contudo, após a emissão pelo TJUE do Parecer 2/2013¹²², dando nota desfavorável ao acordo de adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, levantando várias objeções, de difícil resolução, o projeto de adesão da UE à CEDH parece cada vez mais complexo, podendo não chegar a concretizar-se.

IV. *Case Studies* – Da teoria à prática

A prática jurídica sempre funcionou para os académicos como uma forma de alicerçarem as suas soluções e de fundamentarem as suas conclusões, uma vez que permite trazer ao quotidiano os conceitos abstratos que se discutem doutrinariamente, dar-lhes corpo e sentido, e analisar a via a seguir.

¹²¹ MESQUITA, Maria José Rangel de, *A Actuação Externa da União Europeia depois do Tratado de Lisboa*, Coimbra, 2011, pág. 335.

¹²² Parecer 2/2013, Tribunal de Justiça da União Europeia, 18 de dezembro de 2014, disponível em http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd2da9bfa292db4da988afb961242593f9.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuQchz0?doclang=PT&text=&pageIndex=0&docid=160882&cid=668013.

Fruto das diferentes abordagens e visões, os sistemas de justiça internacional têm, não raras vezes, diferentes soluções para problemas apresentados, seja pelos seus objetivos, pelo facto de serem órgãos permanentes ou não, ou mesmo pelo seu âmbito de jurisdição material, que acaba por moldar a sua atuação.

Os casos seguintes pretendem, cada um deles, assim, ilustrar uma determinada situação que exporemos ao longo da presente dissertação, para uma melhor compreensão e complementaridade dos assuntos.

O contencioso *Mox Plant*¹²³, em primeiro lugar, é um corolário do fenómeno do “*Fórum Shopping*” em direito internacional público¹²⁴, mostrando o problema da multiplicação de instâncias *prima facie*, e fazendo-nos repensar a utilidade da utilização de cláusulas de litispendência nos diferentes documentos de fundação dos tribunais internacionais.

O caso *Tadic*¹²⁵, em segundo lugar, contraposto com o caso *Nicaragua vs US*¹²⁶, é talvez a melhor demonstração dos malefícios da falta de hierarquização entre sistemas de justiça internacional, uma vez que ilustram claramente uma incoerência notória de instâncias e o papel que esta pode ter na fragmentação do direito internacional.

Em terceiro lugar, o caso *Bosphorus*¹²⁷ é corolário da articulação existente entre os sistemas do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, propugnando uma solução no âmbito da temática dos direitos humanos que nos cumpre analisar, no cômputo de sistemas com uma *ratione materiae* no que concerne aos direitos humanos muito aproximada.

¹²³ Litígio que foi apresentado a várias instâncias em simultâneo, dando origem a diferentes casos, que serão analisados no ponto 4.1. da presente dissertação.

¹²⁴ Cfr. ponto V. da presente dissertação.

¹²⁵ *Tadic*, Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia, julgamento de 15 de julho de 1999, IT-94-1-A, disponível em – <http://www.un.org/icty/cases-e/index-e.htm>

¹²⁶ *Case Concerning Military And Paramilitary Activities In And Against Nicaragua - Nicaragua vs US*, Tribunal Internacional de Justiça, julgamento de 27 de junho de 1986, disponível em – <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>.

¹²⁷ *Bosphorus vs Ireland*, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, julgamento de 30/06/2005, processo n°45036/98.

O caso *Mexico Soft Drinks*¹²⁸, em quarto lugar, servirá para ilustrar a posição do sistema de justiça da Organização Mundial do Comércio relativamente à determinação da sua própria competência e à sua própria especificidade no contexto da ordem jurídica internacional.

O caso *La Grand*¹²⁹, por último, demonstrará os efeitos nefastos da falta de diálogo interjudicial, conduzindo a consequências gravíssimas, inclusive a nível individual, pondo em causa a tutela jurisdicional efetiva enquanto direito humano primordial.

4.1. O Contencioso *Mox Plant*

4.1.1. Enquadramento Factual

Por força do artigo 37º do Tratado Euratom¹³⁰, os Estados-membros têm que comunicar à Comissão Europeia a sua intenção de levar a cabo qualquer ação nuclear que possa implicar contaminação transfronteiriça. Nesta senda, em agosto de 1996, o Reino Unido comunicou à Comissão Europeia a sua intenção de autorizar a construção de uma fábrica MOX (um combustível nuclear) na região de Sellafield, o que poderia implicar danos em território irlandês. O caso foi analisado pela Comissão e, em fevereiro de 1997, esta deu um parecer favorável ao empreendimento, alegando que não havia qualquer risco para a Irlanda, pois a distância entre a fábrica MOX e a costa irlandesa era suficiente para manter a sua proteção caso houvesse algum problema.

Após a realização de vários estudos de impacto ambiental, em 2001 o Reino Unido autorizou a construção da referida fábrica, levando a que a Irlanda se opusesse ao projeto, temendo o seu impacto ambiental.

¹²⁸ *Mexico – Tax measures on soft drinks and other beverages*, Relatório do Painel da Organização Mundial do Comércio, WT/DS308/R, 7 de outubro de 2005, e *Mexico – Tax measures on soft drinks and other beverages*, Relatório do Painel de Apelação da Organização Mundial do Comércio, WT/DS308/AB/R, 6 de março de 2006, ambos disponíveis em https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds308_e.htm.

¹²⁹ *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Julgamento de 27 de junho de 2001, disponível em <http://www.ici-cij.org/docket/files/104/7736.pdf>.

¹³⁰ “Os Estados-Membros devem fornecer à Comissão os dados gerais de todos os projectos de descarga de efluentes radioactivos, seja qual for a sua forma, que permitam determinar se a realização desse projeto é suscetível de implicar a contaminação radioactiva das águas, do solo ou do espaço aéreo de outro Estado-Membro. A Comissão, após consulta do grupo de peritos referido no artigo 31.o, formulará o seu parecer no prazo de seis meses.”

4.1.2. O direito internacional aplicável

Para este conflito, o direito internacional fornecia diversas formas de resolução – a Convenção para a Proteção do Ambiente Marinho do Atlântico Nordeste (OSPAR)¹³¹, a Convenção das Nações Unidas de Direito do Mar¹³² ou o próprio direito europeu, uma vez que estávamos perante dois Estados-membros e existia legislação própria europeia para regular a situação, designadamente, as normas do Tratado Euratom.

A 15 de julho de 2001, antes que o Reino Unido decidisse pela aprovação da usina, a Irlanda invocou pela primeira vez a cláusula compromissória da convenção OSPAR, o seu artigo 32^o¹³³, exigindo a constituição de um tribunal

¹³¹ Mecanismo legal criado para proteger o ecossistema marinho do Atlântico Nordeste, subscrito por 15 Estados e pela União Europeia, que resultou na redação de uma convenção, disponível em <http://www.ospar.org/convention/text> - Convention Text | OSPAR Commission.

¹³² Também conhecida por “Convenção de Montego Bay”, é referida por Fernando Loureiro Bastos in *A internacionalização dos recursos naturais marinhos*, AAFDL, Lisboa, 2005, pp. 192, como “[...] extremamente positiva, dado que permitiu a criação de normas e de instituições potencialmente comuns a todos os Estados que pretendem actuar no mar. Nestes termos, reduz a margem de incerteza que existe no relacionamento entre os Estados, na medida em que, na raiz de muitas disputas internacionais está, desde logo, uma discordância quanto ao direito aplicável. Nestes termos, os Estados podem concentrar a sua atenção na discussão dos problemas específicos que constituem a sua discordância, sem terem de acordar previamente nas normas que devem regular as suas relações recíprocas.”

¹³³ Convenção da Comissão OSPAR, disponível em <http://www.ospar.org/convention/text> – “Article 32 – Settlement of Disputes

1. Any disputes between Contracting Parties relating to the interpretation or application of the Convention, which cannot be settled otherwise by the Contracting Parties concerned, for instance by means of inquiry or conciliation within the Commission, shall at the request of any of those Contracting Parties, be submitted to arbitration under the conditions laid down in this Article.

2. Unless the parties to the dispute decide otherwise, the procedure of the arbitration referred to in paragraph 1 of this Article shall be in accordance with paragraphs 3 to 10 of this Article.

3. (a) At the request addressed by one Contracting Party to another Contracting Party in accordance with paragraph 1 of this Article, an arbitral tribunal shall be constituted. The request for arbitration shall state the subject matter of the application including in particular the Articles of the Convention, the interpretation or application of which is in dispute.

(b) The applicant party shall inform the Commission that it has requested the setting up of an arbitral tribunal, stating the name of the other party to the dispute and the Articles of the Convention the interpretation or application of which, in its opinion, is in dispute. The Commission shall forward the information thus received to all Contracting Parties to the Convention.

4. The arbitral tribunal shall consist of three members: each of the parties to the dispute shall appoint an arbitrator; the two arbitrators so appointed shall designate by common agreement the third arbitrator who shall be the chairman of the tribunal. The latter shall not be a national of one of the parties to the dispute, nor have his usual place of residence in the territory of one of these parties, nor be employed by any of them, nor have dealt with the case in any other capacity.

arbitral para resolver o problema¹³⁴. Como medida cautelar, solicitou que fosse estabelecida a proibição da construção da usina, enquanto a arbitragem não proferisse uma decisão de fundo.

Como não houve resultado, ainda durante o procedimento arbitral no âmbito da OSPAR, na iminência do Reino Unido autorizar a produção e transporte do material radioativo, a Irlanda, em 25 de outubro de 2001, iniciou um novo processo arbitral, mas já no âmbito da Convenção das Nações

5. (a) *If the chairman of the arbitral tribunal has not been designated within two months of the appointment of the second arbitrator, the President of the International Court of Justice shall, at the request of either party, designate him within a further two months' period.*
(b) *If one of the parties to the dispute does not appoint an arbitrator within two months of receipt of the request, the other party may inform the President of the International Court of Justice who shall designate the chairman of the arbitral tribunal within a further two months' period. Upon designation, the chairman of the arbitral tribunal shall request the party which has not appointed an arbitrator to do so within two months. After such period, he shall inform the President of the International Court of Justice who shall make this appointment within a further two months' period.*

6. (a) *The arbitral tribunal shall decide according to the rules of international law and, in particular, those of the Convention.*

(b) *Any arbitral tribunal constituted under the provisions of this Article shall draw up its own rules of procedure.*

(c) *In the event of a dispute as to whether the arbitral tribunal has jurisdiction, the matter shall be decided by the decision of the arbitral tribunal.*

7. (a) *The decisions of the arbitral tribunal, both on procedure and on substance, shall be taken by majority voting of its members.*

(b) *The arbitral tribunal may take all appropriate measures in order to establish the facts. It may, at the request of one of the parties, recommend essential interim measures of protection.*

(c) *If two or more arbitral tribunals constituted under the provisions of this Article are seized of requests with identical or similar subjects, they may inform themselves of the procedures for establishing the facts and take them into account as far as possible.*

(d) *The parties to the dispute shall provide all facilities necessary for the effective conduct of the proceedings.*

(e) *The absence or default of a party to the dispute shall not constitute an impediment to the proceedings.*

8. *Unless the arbitral tribunal determines otherwise because of the particular circumstances of the case, the expenses of the tribunal, including the remuneration of its members, shall be borne by the parties to the dispute in equal shares. The tribunal shall keep a record of all its expenses, and shall furnish a final statement thereof to the parties.*

9. *Any Contracting Party that has an interest of a legal nature in the subject matter of the dispute which may be affected by the decision in the case, may intervene in the proceedings with the consent of the tribunal.*

10. (a) *The award of the arbitral tribunal shall be accompanied by a statement of reasons. It shall be final and binding upon the parties to the dispute.*

(b) *Any dispute which may arise between the parties concerning the interpretation or execution of the award may be submitted by either party to the arbitral tribunal which made the award or, if the latter cannot be seized thereof, to another arbitral tribunal constituted for this purpose in the same manner as the first."*

¹³⁴ *Ireland vs United Kingdom ("OSPAR" Arbitration)*, Tribunal Permanente de Arbitragem, 2001, disponível em - http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1158.

Unidas sobre Direito do Mar¹³⁵, ao abrigo do art. 287º, nº5¹³⁶ e do Anexo VII da CNUDM, fazendo com que passassem a existir dois procedimentos arbitrais, em paralelo.

Como o Reino Unido não suspendeu a autorização da usina MOX, mesmo com a abertura de dois procedimentos arbitrais, a Irlanda acionou então o Tribunal Internacional do Direito do Mar por força do nº 5 do artigo

¹³⁵ *Ireland vs United Kingdom* (“MOX Plant Case”), Tribunal Permanente de Arbitragem, 2001, disponível em - http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1148.

¹³⁶ Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, 1982, disponível em - http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1699&tabela=leis – “Artigo 287.º

Escolha do procedimento

1 - Um Estado ao assinar ou ratificar a presente Convenção ou a ela aderir, ou em qualquer momento ulterior, pode escolher livremente, por meio de declaração escrita, um ou mais dos seguintes meios para a solução das controvérsias relativas à interpretação ou aplicação da presente Convenção:

- a) O Tribunal Internacional do Direito do Mar, estabelecido de conformidade com o anexo VI;*
- b) O Tribunal Internacional de Justiça;*
- c) Um tribunal arbitral constituído de conformidade com o anexo VII;*
- d) Um tribunal arbitral especial constituído de conformidade com o anexo VIII, para uma ou mais das categorias de controvérsias especificadas no referido anexo.*

2 - Uma declaração feita nos termos do n.º 1 não deve afetar a obrigação de um Estado Parte de aceitar, na medida e na forma estabelecidas na secção 5 da parte XI, a competência da Câmara de Controvérsias dos Fundos Marinhos do Tribunal Internacional do Direito do Mar nem deve ser afetada por essa obrigação.

3 - O Estado Parte que é parte numa controvérsia não abrangida por uma declaração vigente deve ser considerado como tendo aceite a arbitragem, de conformidade com o anexo VII.

4 - Se as partes numa controvérsia tiverem aceite o mesmo procedimento para a solução da controvérsia, esta só poderá ser submetida a esse procedimento, salvo acordo em contrário das partes.

5 - Se as partes numa controvérsia não tiverem aceite o mesmo procedimento para a solução da controvérsia, esta só poderá ser submetida a arbitragem, de conformidade com o anexo VII, salvo acordo em contrário das partes.

6 - Uma declaração feita nos termos do n.º 1 manter-se-á em vigor até três meses depois de a notificação de revogação ter sido depositada junto do Secretário-Geral das Nações Unidas.

7 - Nenhuma nova declaração, notificação de revogação ou expiração de uma declaração afecta de modo algum os procedimentos pendentes numa corte ou tribunal que tenha jurisdição nos termos do presente artigo, salvo acordo em contrário das partes.

8 - As declarações e notificações referidas no presente artigo serão depositadas junto do Secretário-Geral das Nações Unidas, que deve remeter cópias das mesmas aos Estados Partes.” (sublinhado nosso).

290º da CNUDM¹³⁷¹³⁸, requerendo medidas cautelares de conservação do *status quo* e a suspensão imediata da autorização para construção dada pelo Reino Unido.

A 3 de dezembro de 2001, o Tribunal Internacional de Direito do Mar acabou por decidir sobre o pedido irlandês de aplicação de medidas cautelares¹³⁹, recusando-o e condenando as partes na troca de informações e na cooperação mútua.

No seio do procedimento arbitral iniciado no âmbito da CNUDM, o Reino Unido alegou em sua defesa que o mesmo caso já estava sob análise noutra fórum de solução de conflitos, no âmbito da Convenção OSPAR e que, portanto, não caberia uma nova análise, em paralelo, por força do artigo 282º da CNUDM, segundo o qual “[...] *se os Estados Partes que são partes numa controvérsia relativa à interpretação ou aplicação da presente Convenção*

¹³⁷ Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, 1982, disponível em - http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1699&tabela=leis – “Artigo 290.º

Medidas provisórias

1 - *Se uma controvérsia tiver sido devidamente submetida a uma corte ou tribunal que se considere, prima facie, com jurisdição nos termos da presente parte ou da secção 5 da parte XI, a corte ou tribunal poderá decretar quaisquer medidas provisórias que considere apropriadas às circunstâncias, para preservar os direitos respetivos das partes na controvérsia ou impedir danos graves ao meio marinho, até decisão definitiva.*

2 - *As medidas provisórias podem ser modificadas ou revogadas desde que as circunstâncias que as justificaram se tenham modificado ou deixado de existir.*

3 - *As medidas provisórias só podem ser decretadas, modificadas ou revogadas, nos termos do presente artigo, a pedido de uma das partes na controvérsia e após ter sido dada às partes a oportunidade de serem ouvidas.*

4 - *A corte ou tribunal notificará imediatamente as partes na controvérsia e, se julgar apropriado, outros Estados Partes de qualquer medida provisória ou de qualquer decisão que a modifique ou revogue.*

5 - *Enquanto não estiver constituído o tribunal arbitral ao qual uma controvérsia esteja a ser submetida nos termos da presente secção, qualquer corte ou tribunal, escolhido de comum acordo pelas partes ou, na falta de tal acordo, dentro de duas semanas subsequentes à data do pedido de medidas provisórias, o Tribunal Internacional do Direito do Mar, ou, tratando-se de catividades na área, a Câmara de Controvérsias dos Fundos Marinhos, pode decretar, modificar ou revogar medidas provisórias nos termos do presente artigo, se considerar, prima facie, que o tribunal a ser constituído teria jurisdição e que a urgência da situação assim o requer. Logo que estiver constituído, o tribunal ao qual a controvérsia foi submetida pode, actuando de conformidade com os n.os 1 a 4, modificar, revogar ou confirmar essas medidas provisórias.*

6 - *As partes na controvérsia devem cumprir sem demora quaisquer medidas provisórias decretadas nos termos do presente artigo.”* (sublinhado nosso).

¹³⁸ *The MOX Plant Case, Ireland vs United Kingdom*, Tribunal Internacional de Direito do Mar, Caso nº10, 2001, disponível em - <https://www.itlos.org/cases/list-of-cases/case-no-10/>.

¹³⁹ Ibid.

tiverem ajustado, por meio de acordo geral, regional ou bilateral, ou de qualquer outra forma, em que tal controvérsia seja submetida, a pedido de qualquer das partes na mesma, a um procedimento conducente a uma decisão obrigatória, esse procedimento será aplicado em lugar do previsto na presente parte, salvo acordo em contrário das partes na controvérsia”, pelo que recusariam a sua competência.

Mesmo com este argumento, o Tribunal Internacional do Direito do Mar não apenas se declarou competente, como, na sua decisão de 24 de junho de 2003, previu a possibilidade de o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) se declarar competente e antecipou-se, prevendo a sua própria competência exclusiva, por se tratar de uma questão do direito do mar.

Mais tarde, a 02 de julho de 2003, o Tribunal arbitral OSPAR julgou o caso, reconhecendo, também, a sua competência exclusiva (ignorando a competência do Tribunal Internacional do Direito do Mar), ao abrigo do art. 9º da Convenção OSPAR, embora negando também o pedido da Irlanda.

A Comissão Europeia, por sua vez, a 30 de outubro de 2003, decidiu intentar uma ação por incumprimento contra a Irlanda¹⁴⁰, por entender que esta estava a violar o princípio da cooperação leal¹⁴¹, bem como o princípio de utilização do TJCE como órgão privilegiado para solucionar conflitos entre Estados-membros das Comunidades Europeias, com base no artigo 10º do Tratado de Roma, à data.

Face a este quadro, atentas as objeções apresentadas pelo Reino Unido e o facto de o caso se poder enquadrar no âmbito da jurisdição de outras instâncias, nomeadamente, o Tribunal de Justiça das Comunidades

¹⁴⁰ *Comission vs Ireland*, Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, 2006, C-459/03, disponível em - <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-459/03>.

¹⁴¹ Como refere Maria José Rangel de Mesquita, in *A atuação externa da União Europeia depois do Tratado de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 181, “[...] o princípio da cooperação, enquanto expressão específica do princípio da cooperação leal, assume uma dupla relevância: quer como tradução do objetivo e princípio da coerência, na sua dimensão vertical, ou seja, relativo à relação entre os Estados e a União e à coerência entre as políticas dos Estados membros e da União; quer como instrumento da obrigação de garantia da coerência que impende sobre os competentes órgãos da União [...]”, sendo uma demonstração da própria essência da União Europeia.

Europeias, o tribunal arbitral formado ao abrigo da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar acabou por suspender os seus procedimentos.

A Comissão Europeia alegou que a Irlanda infringiu vários artigos dos Tratados das Comunidades, em virtude de ter instaurado um processo num tribunal arbitral sem ter informado nem consultado previamente as instituições comunitárias competentes, entendendo esta ação como uma “*medida suscetível de pôr em perigo a realização dos objetivos dos Tratados*”¹⁴².

O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, como seria de prever, decidiu assim a 30 de maio de 2006¹⁴³, ser exclusiva a sua competência e condenou a Irlanda, conforme solicitado pela Comissão, por violação dos princípios já expostos.

No seu entendimento, o acordo misto que sujeitava as partes à CNUDM nunca poderia afetar a regulação imposta pela União Europeia, muito ampla em matéria nuclear, pelo que criticou amplamente a atuação dos Estados-membros, que deveriam ter-se socorrido das normas europeias, em primeiro lugar¹⁴⁴.

4.1.3. Conclusões

O contencioso *Mox Plant* apresenta-se como paradigma do problema que importa solucionar. De facto, estava-se perante uma situação em que três fóruns internacionais de solução de conflitos se apresentavam *prima facie* como aplicáveis para resolver um conflito específico, sem hierarquia ou coordenação entre si, verificando-se um conflito de direito comunitário (regional) e internacional universal (mundial) e um conflito de interpretação de uma Convenção (CNUDM) por distintos órgãos jurisdicionais.

¹⁴² *Comission vs Ireland*, 2006, Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, C-459/03, pontos 174 a 183, disponível em - <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-459/03>.

¹⁴³ *Comission vs Ireland*, 2006, Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, C-459/03, disponível em - <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-459/03>.

¹⁴⁴ *Ibid.*, pontos 176 a 179, disponível em - <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-459/03>.

O contencioso *Mox Plant* demonstra, assim, que um Estado pode acionar ao mesmo tempo diferentes órgãos de solução de conflitos, que não dialogam entre si e que valoram as normas jurídicas de diferentes maneiras, colocando em evidência as próprias normas em que se sustentam e em segundo plano as fontes de direito internacional de outros subsistemas e as normas gerais de direito internacional.

Ora, é nosso entender que o direito europeu, ao estar em causa um litígio desenvolvido entre dois Estados-membros, sobre uma questão amplamente coberta por legislação europeia, nunca poderia ter sido desvalorizado nestes termos, o que faz levantar questões relativamente à eficiência do sistema jurídico europeu e à sua própria credibilidade, questões essas que poderiam ter sido mitigadas caso os fóruns internacionais tivessem cooperado, de alguma forma.

O facto de a Irlanda ter sido derrotada em todos os fóruns acabou por mitigar a questão, não lhe dando a importância que poderia ter tido, caso as decisões fossem contraditórias, acabando por felizmente resultar numa hipótese de mero interesse académico.

Não obstante, o contencioso *Mox Plant* revela-se como um dos casos que reforçam a necessidade de uma solução uniforme para a concorrência entre os sistemas de justiça internacional, de forma a reforçar a sua coerência e eficiência prática, de forma a que situações de fragmentação do direito internacional a este nível possam ser evitadas ou, pelo menos, mitigadas.

4.2. O caso *Nicarágua vs EUA* do Tribunal Internacional de Justiça e o caso *Tadic* do Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia

4.2.1. Enquadramento Factual

A responsabilidade internacional dos Estados é uma das temáticas fulcrais do ordenamento jurídico internacional. Com efeito, discernir se um determinado Estado tem ou não responsabilidade sobre um determinado ato ou operação com influência no panorama mundial, desrespeitoso de normas

jurídicas internacionais, que lhe possa sujeitar à responsabilidade internacional afigura-se da máxima importância.

Em abril de 1984, a Nicarágua demandou no seio do Tribunal Internacional de Justiça os Estados Unidos da América, para exigir a sua responsabilização pelos danos causados no seu território, fruto das atividades militares e paramilitares no seu território (*Case Concerning Military And Paramilitary Activities In And Against Nicaragua - Nicaragua vs US*¹⁴⁵).

Para a aferição da responsabilidade dos EUA neste caso foi necessária a emissão de um parecer por parte do Tribunal Internacional de Justiça no que toca aos critérios de responsabilidade internacional dos Estados, criando jurisprudência na matéria que perdurou durante os anos seguintes.

Por outro lado, fruto dos conflitos no território dos Balcãs, foi criado pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, em 1993, um tribunal *ad hoc*, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia, para julgar os indivíduos acusados da prática de crimes contra a humanidade no massacre perpetrado nos anos anteriores.

Um dos seus mais controversos casos foi aquele de que foi objeto Dusko Tadic (vulgarmente conhecido como caso *Tadic*¹⁴⁶), político e membro das forças militares, acusado de vários crimes contra a humanidade, entre eles o crime de genocídio, inclusive porque foi o primeiro em que a jurisdição do tribunal foi contestada.

Para que fosse estabelecida a responsabilidade penal de Tadic, era necessário provar a responsabilidade internacional da ex-República da Jugoslávia, uma vez que seria à luz desta relação que o mesmo teria cometido os crimes dos quais era acusado, fazendo com que este tribunal tenha também se debruçado sobre os critérios de responsabilidade internacional dos Estados, criando nova jurisprudência sobre o assunto.

¹⁴⁵ *Case Concerning Military And Paramilitary Activities In And Against Nicaragua - Nicaragua vs US*, Tribunal Internacional de Justiça, julgamento de 27 de junho de 1986, disponível em – <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>

¹⁴⁶ *Tadic*, Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia, julgamento de 15 de julho de 1999, IT-94-1-A, disponível em – <http://www.un.org/icty/cases-e/index-e.htm>

4.2.2. O Direito Internacional Aplicável

Como já exposto, antes da determinação da responsabilidade individual de Tadic, foi determinada, à luz dos critérios de responsabilidade internacional do Projeto de Responsabilidade Internacional dos Estados¹⁴⁷, da Comissão de Direito Internacional, a responsabilidade da ex-República da Jugoslávia.

À luz do art. 7º do Projeto, “*the conduct of an organ of a State or of a person or entity empowered to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law if the organ, person or entity acts in that capacity, even if it exceeds its authority or contravenes instructions*”.

Assim, é patente a ideia, que para aplicação do art. 7º, deverá haver controlo por parte do Estado para a existência de um nexo de responsabilidade entre os indivíduos e a entidade estatal, mas o caso complica-se quando se introduz o artigo 8º do Projeto.

Com efeito, dispõe o artigo 8º que “*The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or the group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct*”, girando a discussão sobre qual a amplitude deste controlo¹⁴⁸(se um controlo efetivo, ou um controlo genérico).

O Tribunal Internacional de Justiça já se tinha pronunciado sobre o assunto para efeitos de responsabilidade entre Estado e indivíduo ao abrigo deste “controlo direto”, no caso *Nicarágua vs EUA*¹⁴⁹. Com efeito, o Tribunal Internacional de Justiça fixou que para ser estabelecida uma relação de controlo direto, teríamos que estar perante uma situação em que, apesar de não ser um órgão *de facto*, por se tratar de um indivíduo ou conjunto de

¹⁴⁷ “*Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*”, 2001, International Law Commission, disponível em http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf.

¹⁴⁸ Sobre o assunto, cfr. BAPTISTA, Eduardo Correia, *Direito Internacional Público*, Vol. II – *Sujeitos e Responsabilidade*, ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp.461 a 475.

¹⁴⁹ *Case Concerning Military And Paramilitary Activities In And Against Nicaragua - Nicaragua vs US*, Tribunal Internacional de Justiça, julgamento de 27 de junho de 1986, disponível em – <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>

indivíduos que não fazem parte do Estado, não estão sujeitos a ordens diretas, mas é possível alinharem posições e serem coagidos a levar a cabo determinado tipo de ações, existindo uma efetiva relação de controlo através do fornecimento de armas ou de meios económicos.

O Tribunal Penal Internacional para a Ex-Jugoslávia, a este respeito, contudo, ignorando a jurisprudência anterior, partilhou outra opinião, defendendo que para haver um nexo de responsabilidade não seria necessário um controlo efetivo, como proclamado pelo Tribunal Internacional de Justiça, mas apenas um controlo genérico, ou seja, um mero financiamento económico.

Este tribunal defendeu ainda que o grau de “controlo efetivo” do Tribunal Internacional de Justiça seria melhor aplicável a indivíduos contratados pelo Estado para levar a cabo ações ilícitas no território de outro Estado, enquanto a teoria do “controlo genérico”, defendida por este Tribunal, seria melhor aplicável a grupos organizados e hierarquicamente estruturados, criticando ainda a posição do Tribunal Internacional de Justiça como sendo uma aproximação “não persuasiva” e “pouco convincente”, declarando que a lei era contrária àquilo que o Tribunal Internacional de Justiça tinha decidido¹⁵⁰.

4.2.3. Conclusões

É nossa opinião que esse argumento do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Jugoslávia não deve ser aceite, bem como toda a teoria do “controlo genérico”, uma vez que, para a conduta dos indivíduos ao serviço do Estado, o Projeto de Responsabilidade Internacional dos Estados fornece um instrumento, o art. 8º do projeto, aplicável quando estamos perante uma situação em que um indivíduo recebe instruções específicas de um Estado.

Mas colocando as questões de mérito no que à responsabilidade internacional concerne de parte, o conflito levantado parece-nos evidente. Duas instâncias internacionais proferiram decisões inteiramente contraditórias, caso que se direito interno se tratasse, daria provavelmente

¹⁵⁰ *Tadic*, Tribunal Penal Internacional para a Ex-Jugoslávia, julgamento de 15 de julho de 1999, IT-94-1-A, parágrafos 115 e 116.

lugar a um acórdão uniformizador de jurisprudência. No entanto, a aparente fragilidade do sistema de direito internacional faz com que essa solução ainda não tenha sido praticada, pelo que o problema se manteve.

Mais tarde, a Bósnia-Herzegovina, ao abrigo da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, decidiu acusar a Sérvia, no Tribunal Internacional de Justiça, de participação e cumplicidade nos crimes genocidas levados a cabo no massacre de Srebrenica por grupos armados¹⁵¹, tendo por base não o critério do “controlo efetivo” do próprio Tribunal Internacional de Justiça, mas alegando o critério do “controlo genérico” do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Jugoslávia.

O Tribunal Internacional de Justiça acabou por se voltar para a sua jurisprudência, reafirmando o que já tinha proclamado no caso Nicarágua¹⁵², só existindo responsabilidade imputável à ex-Jugoslávia (e, por consequência, à Sérvia e Montenegro), caso ficasse provado um verdadeiro controlo efetivo por parte da ex-Jugoslávia em relação aos grupos armados envolvidos, o que a Bósnia-Herzegovina confrontou com a teoria do “controlo genérico”.

Perante este quadro, o Tribunal Internacional de Justiça teceu duras críticas ao Tribunal Penal Internacional para a Ex-Jugoslávia, configurando-o como não tendo competência para apreciar questões de responsabilidade dos Estados, e a sua jurisdição como limitada à responsabilidade individual, não aceitando a sua posição, por estar em causa uma questão geral de direito internacional.

Mais ainda, entendeu que a teoria do “controlo genérico” era, no que toca à responsabilidade internacional dos Estados, um “[...] *major drawback* [...]”, sendo demasiado extensiva na sua qualificação da conexão existente entre um Estado e um grupo armado para efeitos de responsabilidade internacional.

¹⁵¹ *Bosnia-Herzegovina vs Serbia and Montenegro (Genocide Convention)*, Tribunal Internacional de Justiça, 26 de fevereiro de 2007, disponível em – <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>.

¹⁵² *Case Concerning Military And Paramilitary Activities In And Against Nicaragua - Nicaragua vs US*, Tribunal Internacional de Justiça, julgamento de 27 de junho de 1986, disponível em – <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>

Este desentendimento entre tribunais internacionais, designadamente dois tribunais sob o escopo das Nações Unidas, levou a uma desvalorização do próprio direito internacional, questionando-se se o Tribunal Internacional de Justiça, não estando numa posição hierarquicamente superior ao Tribunal Penal Internacional para a Ex-Jugoslávia, pelo menos formalmente, poderia discorrer sobre o âmbito de jurisdição daquele, uma vez que não há qualquer ato que o fundamente.

É isto que defende Cassesse¹⁵³, afirmando que esta qualificação por parte do Tribunal Internacional de Justiça foi errónea, uma vez que se encontra “ao mesmo nível” que o tribunal *ad hoc* e, assim, não pode formar uma decisão acerca da jurisdição de um tribunal sobre o qual não detém qualquer tipo de poder.

É também essa a opinião que partilhamos, embora esta situação fosse reversível, se existisse hierarquização formal. O facto é que, nestas circunstâncias, não existia, o que fez com que a atuação do Tribunal Internacional de Justiça danificasse seriamente o direito internacional, mais do que quis salvaguardar a questão da responsabilidade internacional dos Estados, prejudicando a unidade de todo um complexo jurídico.

4.3. O Caso Bosphorus¹⁵⁴

4.3.1. Enquadramento Factual

Outro caso foco de contradição é o paradigmático caso *Bosphorus*¹⁵⁵, caso sobre a implementação de sanções por parte da ONU contra a ex-Jugoslávia.

Bosphorus, um particular proprietário da *Bosphorus Airways*, alugou uma aeronave a uma empresa pública, e viu depois a aeronave ser apreendida pelas autoridades irlandesas, em virtude de lhe terem sido aplicadas e depois

¹⁵³ CASSESSE, A., “*The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*”, *European Journal of International Law*, 2007, pág. 649-668.

¹⁵⁴ *Bosphorus vs Ireland*, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, julgamento do TEDH de 30 de junho de 2005, processo n°45036/98.

¹⁵⁵ Merece também nota, sobre esta matéria o caso *Loizidou v. Turkey*, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 23 de março de 1995, disponível em <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:ihrl/3133echr95.case.1/law-ihrl-3133echr95>.

transpostas para o ordenamento jurídico europeu *smart sanctions* pelo sistema da ONU¹⁵⁶.

A utilização de sanções económicas e embargos de mercadorias foi uma prática que ganhou relevo com o início da Guerra Fria, com a aplicação de sanções compreensivas pelas Nações Unidas a Estados considerados “problemáticos”, como o Iraque ou a África do Sul.

No entanto, rapidamente se percebeu que estas sanções, embora menos lesivas do que as represálias militares, traziam fortes consequências para as populações dos Estados abrangidos, que viam o seu quotidiano fortemente modificado em virtude de medidas que pretendiam, na generalidade dos casos, exercer pressão nos governantes para a cessação de atos ilícitos ou reprováveis, e não atingir os civis, que acabavam condicionados pelos embargos económicos.

Mais ainda, davam aos empresários afetados a motivação necessária para enveredarem no mercado negro, onde os lucros eram muito mais elevados, encorajando a criação do crime organizado e o crescimento da corrupção, enfraquecendo a posição do Direito nos países sancionados, pelo que o surgimento das *smart sanctions* foi um passo natural rumo a uma aplicação de penalizações mais eficientes.

Contudo, o sistema de “blacklisting” surge como uma limitação clara do direito de propriedade, de que os indivíduos e entidades se veem destituídos ou limitados, com o desapossamento dos seus bens e o congelamento de todos os seus fundos e investimentos, desapossamento esse muitas vezes estendido às suas famílias, que poderão não ter qualquer associação aos atos ilícitos que a ratio das listas pretende proteger, e à proteção da paz e segurança internacionais, pelo que deu naturalmente lugar a litigância.

¹⁵⁶ Regulamento 990/93, 1993, Jornal Oficial L 102/14, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31993R0990>.

4.3.2. O direito Internacional aplicável

Bosphorus recorreu ao direito europeu, à data na figura do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias¹⁵⁷, de forma a obter uma reação direta contra aquelas normas que lhe impuseram o confisco, mas este Tribunal considerou a medida como justificada, não obstante as limitações que impunha ao direito à propriedade, indeferindo o seu pedido.

Concomitantemente, Bosphorus iniciou procedimentos contra a Irlanda no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, por violação do seu direito à propriedade, previsto no art. 1º do Protocolo Adicional à Convenção¹⁵⁸, fazendo então com que este tribunal analisasse a decisão europeia já proferida, levantando um problema de concorrência e de necessidade de hierarquia entre as instâncias.

Face ao peticionado, o TEDH começou por reafirmar a já importante mensagem que tinha transmitido no acórdão do caso *Matthews*¹⁵⁹ de que uma revisão indireta das decisões do TJUE era possível, e de que os Estados-membros da União Europeia são inteiramente responsáveis pelo cumprimento dos direitos fundamentais previstos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

No entanto, absteve-se de rever a medida europeia, bem como a atuação da Irlanda, à luz da CEDH, utilizando o método *Solange*¹⁶⁰ de uma forma direta. Com efeito, considerou que o nível de proteção dos direitos

¹⁵⁷ *Caso C-84/95 (Bosphorus)*, Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, 1996, ECR I-3953.

¹⁵⁸ “Qualquer pessoa singular ou coletiva tem direito ao respeito dos seus bens. Ninguém pode ser privado do que é sua propriedade a não ser por utilidade pública e nas condições previstas pela lei e pelos princípios gerais do direito internacional. As condições precedentes entendem - se sem prejuízo do direito que os Estados possuem de pôr em vigor as leis que julguem necessárias para a regulamentação do uso dos bens, de acordo com o interesse geral, ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou de multas”, in artigo 1º do Protocolo Adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

¹⁵⁹ *Case of Matthews vs United Kingdom*, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 1999, Processo nº24833/94.

¹⁶⁰ O método Solange foi a solução encontrada pelo Tribunal Constitucional alemão para, pressupondo uma certa equivalência entre as garantias de proteção aos direitos fundamentais concedidas pela Lei Fundamental de Bona e pelo sistema jurídico comunitário, se abster de controlar a compatibilidade dos atos comunitários com os seus padrões constitucionais sobre direitos fundamentais – cfr. *Decisão Solange I* (BVerfGE 37, 271) de 29 de maio de 1974, disponível em <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=588>.

fundamentais, bem como os meios de recurso a nível europeu para os proteger, embora não idêntico, seria equivalente à proteção concedida pelo sistema de garantia da CEDH¹⁶¹, ficcionalando uma presunção que só seria afastada quando o nível de proteção aos direitos fundamentais fosse “manifestamente deficiente”.

Presunção essa que voltou a ser utilizada, por exemplo, no caso *Avotiņš vs Latvia*, de 2016, em que o TEDH expressamente recorreu à formulação já utilizada no caso *Bosphorus*:

[...] 102. In the context of the former “first pillar” of the EU (see Bosphorus, cited above, § 72), the Court held that the protection of fundamental rights afforded by the legal system of the European Union was in principle equivalent to that for which the Convention provided. In arriving at that conclusion it found, firstly, that the European Union offered equivalent protection of the substantive guarantees, observing in that connection that at the relevant time respect for fundamental rights had already been a condition of the lawfulness of Community acts and that the CJEU referred extensively to Convention provisions and to Strasbourg case-law in carrying out its assessment (see Bosphorus, cited above, § 159). This finding has applied a fortiori since 1 December 2009, the date of entry into force of Article 6 (amended) of the Treaty on European Union, which confers on the Charter of Fundamental Rights of the European Union the same value as the Treaties and gives fundamental rights, as guaranteed by the Convention and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, the status of general principles of European Union law (see Michaud, cited above, § 106).

103. The Court found the substantive protection afforded by EU law to be equivalent taking into account the provisions of Article 52(3) of the Charter of Fundamental Rights, according to which, in so far as the rights contained in the Charter correspond to rights guaranteed by the Convention, their meaning and scope are the same, without prejudice to the possibility for EU law to provide more extensive protection (see Bosphorus, cited above, § 80). In

¹⁶¹ *Bosphorus vs Ireland*, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, julgamento de 30 de junho de 2005, processo nº45036/98, parágrafos 155, 156 e 165.

*examining whether, in the case before it, it can still consider that the protection afforded by EU law is equivalent to that for which the Convention provides, the Court is especially mindful of the importance of compliance with the rule laid down in Article 52(3) of the Charter of Fundamental Rights given that the entry into force of the Treaty of Lisbon (see paragraph 37 above) conferred on the Charter the same legal value as the Treaties. [...]*¹⁶² (sublinhado nosso).

Permanece a questão, contudo, sobre se esta presunção será ou não ilidível e se, mais ainda, será de alguma forma afetada pela adesão da União Europeia à CEDH, atentos os recentes desenvolvimentos e o Parecer 2/2013 do TJUE.

Assim, esta determinação da relação jurisdicional existente entre o TEDH e o TJUE e do balanço entre os interesses políticos, institucionais e diplomáticos envolvidos, de uma forma que preserve a autonomia jurisdicional e mesmo a autoridade de ambos os tribunais não se afigura, assim, tarefa de fácil execução.

4.3.3. Conclusões

O caso *Bosphorus*¹⁶³ é, assim, mais um exemplo de um litígio que poderia ter tido resultados devastadores para o sistema jurídico internacional, com as decisões de um sistema de justiça a serem analisadas por outro, o que acabou por não acontecer em virtude de uma certa noção de “bom senso” da parte do TEDH, ao analisar que a proteção conferida pelo sistema da União Europeia ao direito de propriedade não se enquadrava naquele caso excecional em que deveria exercer jurisdição.

A utilização do método *Solange* pelo TEDH afigura-se, como defende Nikolaos Lavranos¹⁶⁴, um método “elegante” de evitar o confronto direto com o TJUE, não exercendo um controlo direto das suas decisões, mas mantendo

¹⁶² *Avotiņš V. Latvia*, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, processo n° 17502/2007, 23 de maio de 2016, disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\"001-163114\"}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\).

¹⁶³ *Bosphorus vs Ireland*, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, julgamento de 30 de junho de 2005, processo n° 45036/98

¹⁶⁴ LAVRANOS, Nikolaos, “*On the need to regulate competing jurisdictions between international courts and tribunals*”, European University Institute, Max Weber Programme, 2009/14, ISSN 1830-7728

a sua posição de supremacia no ordenamento jurídico europeu em termos de direitos fundamentais, nos casos mais prementes.

Defende ainda o Autor que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem acabou por dar “um passo atrás” em relação à sua decisão no caso *Matthews*¹⁶⁵, dando uma *carte blanche* ao TJUE no âmbito dos direitos fundamentais, introduzindo como condição para o exercício da sua jurisdição a existência de um nível de proteção “manifestamente deficiente”.

E mais ainda, que esta decisão fez com que se demarcasse a jurisdição entre TEDH e TJUE neste âmbito da proteção dos direitos fundamentais e que, com a introdução da condição do nível de proteção “manifestamente deficiente”, levando à excecionalidade do exercício da sua jurisdição, o risco de sobreposição de jurisdições e possíveis conflitos concorrenciais reduziu-se substancialmente.

Contudo, esta é uma opinião que não podemos partilhar. Com efeito, a utilização do método *Solange* pelo TEDH, associado a um critério tão discricionário como “*um nível de proteção manifestamente deficiente*”, permite uma margem de manobra ao TEDH que não pode ser admitida.

E, de facto, a não existência de casos de conflito aparente com a utilização deste método não apaga a concorrência, sendo esta solução uma maneira apenas de a “decidir sem tomar uma decisão”, embrulhando este conflito de sistemas de justiça internacional numa névoa que deverá, se interpretarmos rigorosamente, ser “descerrada” pelo TEDH, uma vez que, em última instância, é a este que cabe reconhecer quando deve ou não exercer a sua jurisdição, deixando o TJUE à mercê da sua decisão, como se o TEDH de um Supremo Tribunal se tratasse.

Há, assim, um certo princípio geral de que o TEDH “restringirá” a sua própria competência, não revendo decisões legislativas europeias, ou decisões do TJUE, por forma a não desenvolver fortes conflitos de competência, exceção feita se estiver em causa um nível de proteção a um determinado direito que se afigure como “*manifestamente deficiente*” (itálico nosso).

¹⁶⁵ *Case of Matthews vs United Kingdom*, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 1999, Processo nº24833/94.

Contudo, embora à partida possa esta solução ser apelativa, é nossa opinião que o conceito de “manifestamente deficiente” apresenta-se como demasiado amplo, sendo um conceito indeterminado que importa preencher, o que não é recomendável, uma vez que desequilibra a balança de poder no seio europeu e coloca exclusivamente no TEDH o futuro da revisão ou não de uma decisão proferida pelas instâncias europeias, dotadas de plenos poderes, atribuindo-lhe uma faculdade que, à partida, não deveria possuir.

4.4. O caso Mexico Soft Drinks

4.4.1. Enquadramento Factual

No início da década de 2000, o México criou uma série de impostos aplicáveis a soft drinks e outras bebidas que utilizassem outro adoçante que não o açúcar de cana, num incremento inicial de 20% e um acréscimo de 20% por cada revenda.

Em 2004, os Estados Unidos da América consideraram estes impostos incompatíveis com o art. III do GATT¹⁶⁶ (art. III, art. III, nº2, primeira e segunda frases e III, nº4)¹⁶⁷, pelo que foram instituídos procedimentos de

¹⁶⁶ *General Agreement on Tariffs and Trade*, disponível em https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf

¹⁶⁷ “1. *The contracting parties recognize that internal taxes and other internal charges, and laws, regulations and requirements affecting the internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use of products, and internal quantitative regulations requiring the mixture, processing or use of products in specified amounts or proportions, should not be applied to imported or domestic products so as to afford protection to domestic production.*”

2. *The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall not be subject, directly or indirectly, to internal taxes or other internal charges of any kind in excess of those applied, directly or indirectly, to like domestic products. Moreover, no contracting party shall otherwise apply internal taxes or other internal charges to imported or domestic products in a manner contrary to the principles set forth in paragraph 1.*”

[...]

4. *The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin in respect of all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use. The provisions of this paragraph shall not prevent the application of differential internal transportation charges which are based exclusively on the economic operation of the means of transport and not on the nationality of the product.*”, in *General Agreement on Tariffs and Trade*, disponível em https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf.

resolução do litígio junto da Organização Mundial de Comércio, de que estes e o México são partes.

O México argumentou que o litígio estava abrangido pelo Capítulo XX do acordo NAFTA e que como estavam abrangidos dois Estados do acordo NAFTA, este estaria em melhor posição para o solucionar e foi criada uma situação de concorrência direta entre os dois sistemas.

4.4.2. O direito internacional aplicável

A Organização Mundial do Comércio é claramente um dos sistemas de justiça internacional que se apresenta como exemplo para a proliferação dos sistemas de justiça internacional tendo por base o fim da Guerra Fria.

De facto, é com o desmantelamento da URSS e a abertura do mundo de Leste ao capitalismo, que conduz ao sucesso dos *Uruguay Rounds*¹⁶⁸, e faz com que mais tarde o anterior GATT seja substituído em 1995 pela Organização Mundial do Comércio, iniciando-se um processo de adesão em massa, tendo a cooperação económica entre nações ganho outro fulgor¹⁶⁹.

Um dos pontos mais interessantes, no panorama jurídico atual, dentro da Organização Mundial de Comércio, é o seu sistema de resolução de conflitos.

Com efeito, a OMC prevê um sistema complexo de resolução de litígios entre membros, assente numa estrutura de painéis – um painel inicial, constituído a pedido dos Estados ao “*Dispute Settlement Body*”, responsável por aplicar o “*Dispute Settlement Understanding*”¹⁷⁰, ou DSU; e um painel de recurso das decisões do DSU, designado por “*Appellate Body*”.

¹⁶⁸ Ciclo de acordos comerciais que duraram de 1986 a 1994, que tiveram por base uma conferência ministerial do GATT, em 1982, e culminaram no lançamento das bases para a criação da Organização Mundial do Comércio, em 1995.

¹⁶⁹ A título de exemplo, se confrontarmos os dados disponibilizados pelo sítio oficial da Organização Mundial do Comércio (disponíveis em https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/acc_e.htm), constatamos que de 1996 a 2016, passaram a ser membros da OMC trinta e seis novos Estados.

¹⁷⁰ *Dispute Settlement Understanding*, Organização Mundial do Comércio, disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm.

Embora o professor Mota Campos¹⁷¹, no seu manual sobre organizações internacionais, designe o “*Dispute Settlement Body*” como “*Órgão de Resolução de Diferendos*” e o painel de recurso como “*Órgão de Recurso*”, nós utilizaremos as designações originais, em nome de uma interpretação fiel dos termos.

O sistema de justiça da OMC está restrito aos seus membros, no âmbito de litígios emergentes da violação de normas comerciais, e apresenta um procedimento complexo, que é acionado a pedido das partes, caso haja frustração da fase de conciliação entre as mesmas.

Nas palavras de Mota Campos¹⁷², “*o funcionamento do mecanismo de Resolução de Diferendos (ou de Litígios) constitui um êxito, desde a sua criação em 1995. [...] A jurisprudência da ORD tem tido um efeito importante sobre o direito internacional, influenciando decisões de outros agrupamentos regionais. Ela contribui para o funcionamento do sistema comercial multilateral.*”, o que ilustra a importância deste sistema no âmbito do comércio mundial¹⁷³.

Por outro lado, o sistema da NAFTA, criado em 1994, é constituído pelos Estados Unidos da América, México e Canadá, com o objetivo de facilitar a transação de produtos entre os três países e de promover uma área de livre comércio entre os três Estados.

À semelhança da Organização Mundial do Comércio, prevê um mecanismo de resolução de litígios, embora bastante mais simplificado, para

¹⁷¹ CAMPOS, João Mota de, PORTO, Manuel, CALVETE, Victor, FERNANDES, António José, MEDEIROS, Eduardo Raposo de, RIBEIRO, Manuel Almeida, DUARTE, Maria Luísa, CAMPOS, João Luís Mota de, *Organizações Internacionais*, Coimbra Editora, 2010, pp. 346 a 349.

¹⁷² Ibid., pp. 349.

¹⁷³ Para além deste caso, outros emergiram no seio da OMC que moldaram o ordenamento jurídico internacional e lançaram nova luz sobre a temática da concorrência de jurisdições, como são exemplos os casos *Brazilian Tyres*, de 2001, que opôs a Organização Mundial do Comércio e o Mercosul, disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/1pagesum_e/ds332sum_e.pdf; *Argentina – Poultry Anti-Dumping Duties*, de 2003, que opôs a Organização Mundial do Comércio e o Mercosul, disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/1pagesum_e/ds241sum_e.pdf; *US – Cattle, Swine and Grain*, de 1998, que opôs a Organização Mundial do Comércio e a NAFTA, disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds144_e.htm; e *US – Tuna II*, de 2011, que opôs a Organização Mundial do Comércio à NAFTA, disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds381_e.htm.

os seus membros¹⁷⁴, o que fez com que aqui existisse sobreposição material da jurisdição de ambos os sistemas, uma vez que estávamos perante um litígio entre os EUA e o México, partes de ambos os sistemas.

Face a este contexto, era urgente encontrar uma decisão que resolvesse a questão da sobreposição *ratione materiae* dos sistemas, o que impôs uma série de decisões por parte da Organização Mundial do Comércio.

4.4.2.1. A decisão do painel da OMC

Em primeiro lugar, o painel constituído decidiu que à luz dos procedimentos não possuía a competência necessária para decidir sobre o exercício da sua jurisdição, com base no art. 11º do “*Dispute Settlement Understanding*”¹⁷⁵ e na sua decisão no caso *Australia-Salmon*¹⁷⁶ do painel de apelação da OMC, defendendo que uma vez que a OMC tem como objetivo resolver as questões que lhe são apresentadas e dar-lhe uma solução, essa obrigação retirar-lhe-ia a liberdade para decidir se podia ou não exercer a sua jurisdição.

Contudo, em relação ao possível conflito de jurisdição com a jurisdição imposta pelo acordo NAFTA, o painel da OMC rejeitou liminarmente a objeção do México, por entender que como só estava apto a solucionar os

¹⁷⁴ “Except for the matters covered in Chapter Nineteen (Review and Dispute Settlement in Antidumping and Countervailing Duty Matters) and as otherwise provided in this Agreement, the dispute settlement provisions of this Chapter shall apply with respect to the avoidance or settlement of all disputes between the Parties regarding the interpretation or application of this Agreement or wherever a Party considers that an actual or proposed measure of another Party is or would be inconsistent with the obligations of this Agreement or cause nullification or impairment in the sense of Annex 2004.”, in Artigo 2004, Capítulo XX do North American Free Trade Agreement, disponível em [http://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6187\(29\).pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6187(29).pdf).

¹⁷⁵ “The function of panels is to assist the DSB in discharging its responsibilities under this Understanding and the covered agreements. Accordingly, a panel should make an objective assessment of the matter before it, including an objective assessment of the facts of the case and the applicability of and conformity with the relevant covered agreements, and make such other findings as will assist the DSB in making the recommendations or in giving the rulings provided for in the covered agreements. Panels should consult regularly with the parties to the dispute and give them adequate opportunity to develop a mutually satisfactory solution.”, in art. 11º do *Dispute Settlement Understanding*, disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm.

¹⁷⁶ *Australia – Measures affecting importation of salmon*, Painel da Organização Mundial do Comércio, 12 de junho de 1998, disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds18_e.htm.

litígios que derivam da violação de obrigações dos Estados perante a OMC, nada mais poderia afirmar sobre um litígio perante a NAFTA.

4.4.2.2. A decisão do painel de Apelação da OMC

Já em sede de recurso, o México alegou que o poder da OMC de decidir sobre a sua jurisdição era uma espécie de “poder inato” à condição de corpo jurisdicional¹⁷⁷ e que, no caso em apreço, deveria ter-se absterido de proferir qualquer decisão que não a de renúncia da sua competência.

Alegou ainda uma especial relação entre o art. III do GATT e uma disputa mais abrangente sobre o escoamento do açúcar mexicano para o mercado americano, ao abrigo do acordo NAFTA.

O painel de Apelação, nesta senda, entendeu que o foco central do litígio seria se a OMC podia e deveria recusar o exercício de jurisdição, tendo em conta o pedido dos EUA ao abrigo do art. III do GATT.

Mais, considerou que o México tinha razão quando defendia a existência de “poderes inerentes à função adjudicatória”, e defendeu ser uma regra largamente aceite que um tribunal internacional tem direito a decidir sobre a sua jurisdição e competência, bem como um poder discricionário para decidir sobre as lacunas que não estejam reguladas, como era o caso.

Contudo, apesar de ter estabelecido estas premissas, o painel acabou por concluir que recusar o exercício dessa jurisdição seria recusar o direito de um membro da OMC ao seu sistema de resolução de litígios, computando uma violação das obrigações da OMC, e na nossa opinião decidiu bem.

Acabou, no entanto, por não se pronunciar sobre a concorrência existente com a aplicação do acordo NAFTA, “esquivando-se” à questão.

4.4.3. Conclusões

Como bem afirma Nikolaos Lavranos, ambos os painéis circundam a questão em apreço, acabando por não a abordar, mostrando na opinião deste

¹⁷⁷ Sobre o assunto, cfr. a noção de *inherent jurisdiction* de Amerasinghe, in AMERASINGHE, Chittharanjan Felix, *Jurisdiction of specific international tribunals*, Leiden, Nijhoff, 2009, pp. 157 e ss.

autor um desrespeito pelo “*principle of comity*” que deve existir entre Tribunais.

É nossa opinião que um dos principais problemas patentes no caso *sub judice* é o individualismo de cada corpo jurisdicional e o facto de não existir uma estrutura que permita identificar a litispendência, por a mínima diferença fazer com que já sejam disputas tecnicamente não identificáveis, quando na prática o seu objeto e partes são exatamente os mesmos.

De facto, a situação poderia ter sido resolvida através do diálogo judicial e da identificação dos pressupostos da litispendência – identidade de partes, de objeto e de causa de pedir – o que no caso *sub judice* se verificava. Em vez disso, assistimos sim a um confronto de sistemas de justiça internacional, sem existir uma decisão final que permitisse identificar claramente qual o sistema ao qual deveria ter sido entregue a decisão de desfecho do litígio *in fine*.

Situação agravada pela atitude generalizada da OMC em casos deste género, assumindo uma posição de supremacia perante os restantes sistemas de justiça internacional, ao entender que a partir do momento em que um litígio lhe é apresentado pelos seus Estados-membros, tem não só o direito, como o dever de o julgar, mostrando um verdadeiro desrespeito pelo ordenamento jurídico internacional e a forma como está organizado.

4.5. O caso *La Grand*¹⁷⁸

4.5.1. Enquadramento Factual

Em 1984, Karl e Walter La Grand, dois cidadãos alemães a viverem nos EUA, foram condenados à morte pela prática dos crimes de homicídio em primeiro grau, rapto e roubo na forma tentada, decisão da qual recorreram para o Supremo Tribunal de Justiça americano.

Os irmãos La Grand nunca foram informados pelas autoridades americanas dos seus direitos de comunicação consular, ao abrigo do art. 36º,

¹⁷⁸ *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Julgamento de 27 de junho de 2001, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/104/7736.pdf>.

nº1 da Convenção de Viena para as Relações Consulares¹⁷⁹, nem a embaixada alemã foi alguma vez informada dos acontecimentos, e os contactos consulares apenas tiveram início em 1992, momento em que os La Grand fizeram diversos pedidos relativamente ao seu direito de comunicar com a sua embaixada, bem como um pedido de *habeas corpus*, todos rejeitados.

Após a rejeição do pedido de *habeas corpus*, e de sucessivas rejeições de pedidos alemães para a suspensão das execuções, Karl La Grand foi executado a 24 de fevereiro de 1999, sendo a execução de Walter La Grand agendada para 3 de março de 1999.

Vinte e sete horas antes da execução agendada de Walter La Grand, a Alemanha requereu junto do Tribunal Internacional de Justiça ao abrigo do art. 41º da Carta das Nações Unidas, uma medida cautelar de suspensão da execução de La Grand, bem como o início de procedimentos contra os EUA.

4.5.2. O direito internacional aplicável

A Alemanha alegava que estavam em causa questões de interpretação da Convenção de Viena para as Relações Consulares e relativas à sua impossibilidade de exercer os direitos previstos no art. 36º da CVRC, por força

¹⁷⁹ “1. With a view to facilitating the exercise of consular functions relating to nationals of the sending State:

(a) consular officers shall be free to communicate with nationals of the sending State and to have access to them. Nationals of the sending State shall have the same freedom with respect to communication with and access to consular officers of the sending State;

(b) if he so requests, the competent authorities of the receiving State shall, without delay, inform the consular post of the sending State if, within its consular district, a national of that State is arrested or committed to prison or to custody pending trial or is detained in any other manner. Any communication addressed to the consular post by the person arrested, in prison, custody or detention shall be forwarded by the said authorities without delay. The said authorities shall inform the person concerned without delay of his rights under this subparagraph;

(c) consular officers shall have the right to visit a national of the sending State who is in prison, custody or detention, to converse and correspond with him and to arrange for his legal representation. They shall also have the right to visit any national of the sending State who is in prison, custody or detention in their district in pursuance of a judgement. Nevertheless, consular officers shall refrain from taking action on behalf of a national who is in prison, custody or detention if he expressly opposes such action.

2. The rights referred to in paragraph 1 of this article shall be exercised in conformity with the laws and regulations of the receiving State, subject to the proviso, however, that the said laws and regulations must enable full effect to be given to the purposes for which the rights accorded under this article are intended.”, in art. 36º da Convenção de Viena para as Relações Consulares, cuja versão original está disponível em <http://www.fuech.eu/pdf/viennaconvention.pdf>.

das violações do dever de informação por parte dos EUA, pelo que estas questões que qualificavam como de proteção diplomática dos seus nacionais, estavam debaixo da alçada do Tribunal Internacional de Justiça, com base no art. 1º do Protocolo Opcional da CVRC¹⁸⁰.

Os EUA, contudo, alegaram que a questão em apreço não seria uma questão de interpretação da própria convenção, mas sim de proteção diplomática de nacionais alemães, pelo que o Tribunal Internacional de Justiça não seria competente para decidir ao abrigo do Protocolo Opcional da Convenção de Viena sobre as Relações Consulares.

Mais ainda, os EUA alegaram que a Alemanha não tinha esgotado todos os meios locais possíveis, pelo que o caso deveria ser apreciado pelos tribunais americanos e não pelo Tribunal Internacional de Justiça, provocando um conflito de jurisdições entre tribunais nacionais e um tribunal internacional com jurisdição universal.

O Tribunal Internacional de Justiça acabou por menosprezar os argumentos americanos e dar razão ao Estado alemão, decidindo-se pela existência de uma obrigação dos EUA de reparar os danos causados à Alemanha, com a execução dos seus nacionais sem o cumprimento do previsto na CVRC.

O Tribunal Internacional de Justiça entendeu que a CVRC concedia, para além de um direito ao Estado de exercer assistência consular, um direito aos próprios indivíduos de verem reparados os danos causados, direito esse que poderia ser exercido pelo Estado alemão.

Concluiu, assim, pela condenação dos EUA na revisão da sentença proferida, pela violação dos seus direitos existente, e na reparação dos danos causados, deixando, contudo, a execução deste comando pelos meios que os EUA entendessem mais adequados.

¹⁸⁰ Protocolo relativo ao “Compulsory Settlement of Disputes”, disponível em http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_2_1963_disputes.pdf.

4.5.3. Conclusões

Este é um dos casos que nos demonstra que para além dos problemas de concorrência de sistemas de justiça internacional existentes a nível universal e a nível regional, poderá ainda ocorrer um conflito de jurisdições entre o nível doméstico e o nível internacional.

Com efeito, uma vez que não existe nenhuma norma geral que defina a supremacia das decisões de sistemas de justiça internacional, a vinculatividade do Direito Internacional Público continua a ser um dos seus próprios principais problemas, sendo um dos obstáculos que importa ultrapassar.

Neste caso, tal falta de vinculatividade é levada ao extremo em que dois indivíduos são lesados sem possibilidade de reparação, perdendo a vida, quando o rumo dos acontecimentos poderia ter sido outro, em primeiro lugar, se as normas de direito internacional da CVRC fossem respeitadas e, em segundo lugar, se o ordenamento jurídico internacional fornecesse uma solução cabal para uma questão tão premente como o é um indivíduo sujeito ao “*death row*” por um Estado que decidiu não cumprir as normas de direito internacional a que estava adstrito.

De facto, a decisão do Tribunal Internacional de Justiça é louvável, servindo de inspiração para o futuro, mas apresenta uma fraca utilidade prática no caso *sub judice*, uma vez que nenhum desenvolvimento aconteceu, ou foi apresentada qualquer reparação por parte dos EUA para além de um “pedido de desculpas” dirigido ao Estado alemão.

Ora, atento o bem jurídico em causa, o direito à vida, protegido por diversas normas de direito internacional público, inclusive de *jus cogens*, esta é uma falha que põe em causa a própria ratio do sistema e nos faz repensar a existência de todo o ordenamento jurídico internacional, nos moldes não vinculativos, grosso modo¹⁸¹, em que se apresenta.

¹⁸¹ Exclui-se claramente desta apreciação o sistema integrativo da União Europeia, cujas decisões são vinculativas para os seus membros e este problema não se coloca.

V. O Fórum Shopping no Direito Internacional Público

O problema da concorrência dos sistemas de Justiça Internacional agrava-se quando as partes em disputa não olham a meios e estão interessadas em litigar em todos os foros possíveis, a fim de acautelarem os seus direitos.

O *fórum shopping*, assunto muito discutido no âmbito do direito internacional privado, começa agora a ser discutido no direito internacional público, pela proliferação das instâncias internacionais, e ainda mais desde o caso *Mox Plant*, analisado infra.

A ideia não é inconcebível, uma vez que à semelhança dos *fórum shoppers* domésticos, os *fórum shoppers* internacionais procuram normas legais aplicáveis que sirvam melhor os seus interesses, bem como os procedimentos mais apropriados, os juízes mais recetivos à sua causa ou a possível solução mais conveniente.

No entanto, esta modalidade de *fórum shopping* torna-se muito mais perigosa do que a original, uma vez que como bem salienta Yuval Shany¹⁸², polariza as posições das partes e faz com que o resultado não dependa da justiça, mas sim da agressividade das armas utilizadas, e da sua rapidez a dispor das mesmas. Nas palavras de Shany, “[...] *the winner might be the party ‘who drew first blood’ [...]*”.

No que toca à área da perseguição de crimes internacionais, há uma relação concorrencial bastante forte entre os tribunais nacionais e os tribunais internacionais, designadamente, o Tribunal Penal Internacional, o Tribunal *ad hoc* para a Ex-Jugoslávia e o Tribunal *ad hoc* para o Ruanda. No entanto, como é uma área sujeita a muitas considerações políticas, é, nas palavras de Shany, uma área *sui generis*, sem paralelo noutras áreas do direito internacional.

No caso dos tribunais *ad hoc*, por força dos seus estatutos, a existir concorrência, a previsão é a de que exercerão primazia sobre os tribunais

¹⁸² SHANY, Yuval, *Regulating Jurisdictional Relations between national and international courts*, OUP, 2007

nacionais, o que delimita bastante as opções de *fórum shopping*, facto explicado pelas próprias circunstâncias políticas da criação dos tribunais *ad hoc* e pela sensibilidade internacional aos crimes cometidos.

Já quanto ao Tribunal Penal Internacional, a abordagem foi diferente, dispondo o Estatuto de Roma sobre o TPI que a sua jurisdição será complementar à dos tribunais nacionais, respeitando as suas decisões¹⁸³, a menos que o Tribunal esteja convencido que os tribunais nacionais, por falta de vontade ou de disponibilidade, não poderão investigar os crimes ou tramitar os procedimentos necessários à luz da boa-fé¹⁸⁴, devendo ser ativado, na opinião de Shany, apenas quando não existir uma alternativa doméstica credível.

No que concerne a todo o fenómeno do *fórum shopping*, Yuval Shany entende que este não deve ser encarado como negativo, por várias razões, pois por um lado está em consonância com um princípio geral de direito internacional – o princípio da autonomia e da liberdade da vontade das partes -, e por outro lado, na opinião do Autor, facilita a aplicação das normas de direito internacional, induzindo os tribunais e complexos judiciais numa competição negocial saudável, o que melhora os seus procedimentos e o seu discurso.

Não obstante, esta é uma posição da qual não podemos partilhar, pois no nosso entender esta é uma visão economicista do fenómeno, uma abordagem concorrencial em sentido estrito que não pode ser aplicada a instâncias judiciais. Com efeito, o *fórum shopping*, apesar de poder ter vantagens no que à proteção jurisdicional efetiva dos indivíduos diz respeito, deve, como defende inclusive o Tribunal Internacional de Justiça, ser limitado¹⁸⁵.

Shany é ainda da opinião que deve ser traçada uma linha entre o *fórum shopping* legítimo e ilegítimo, através de uma comparação entre a adequação

¹⁸³ Cfr. arts. 1º e 17º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

¹⁸⁴ Relatório da Comissão Preparatória do Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, 1996.

¹⁸⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd. (Belgium vs Spain)*, Tribunal Internacional de Justiça, 1970, opinião separada do Juiz Fitzmaurice, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>.

da instância preterida e aquela na qual se pretende iniciar um procedimento, bem como através de uma análise à legitimidade dos motivos subjacentes, à luz dos princípios da boa-fé e do abuso de direito.

Este é, contudo, um critério muito discricionário, na nossa opinião, e de difícil aplicação, uma vez que a análise dos “motivos” subjacentes ao *fórum shopping* é um conceito com uma conotação subjetiva muito forte, pelo que esta afigura-se como uma divisão pouco exequível.

Contudo, Shany entende que deveriam ser os tribunais a identificar quais os procedimentos de *fórum shopping* abusivos e quais os que seriam legítimos.

Por exemplo, uma tentativa de um Estado levar uma disputa que tem com outro Estado ao crivo do Tribunal Internacional de Justiça, para que a jurisprudência de um tribunal regional ao qual ambos os Estados estejam sob jurisdição não se aplique é, na opinião do Autor, uma forma ilegítima de *fórum shopping*, uma vez que o tribunal regional estaria em melhores condições para decidir o caso, pela sua proximidade.

5.1. Conclusões

Há, na nossa opinião, três soluções viáveis para o problema:

- 5.1.1. Por um lado, a introdução de cláusulas de admissibilidade, limitando a entrada de processos que já tenham sido julgados – situações de **caso julgado**, ou *res judicata* – com o mesmo objeto e os mesmos fundamentos, ou ainda limitando a entrada de processos com o mesmo objeto, entre as mesmas partes, que já estejam a ser dirimidos noutro foro – situação de **litispendência**.
- 5.1.2. Por outro lado, a inclusão de condições de acesso aos tribunais internacionais como as cláusulas de requisito da **exaustão dos meios internos** disponíveis como, grosso modo, já acontece na maior parte dos sistemas.
- 5.1.3. Por último, a celebração de Pactos de Aforamento entre as partes, pois como nos ensina Yuval Shany, podem ser elaborados acordos nesta matéria, que limitam o risco de

fórum shopping. São muito comuns na esfera do direito comercial e contribuem para um clima de maior segurança jurídica, ilustrando um dos expoentes máximos do princípio *pacta sunt servanda*.

VI. Um problema sem solução? As várias teses de resolução do problema da concorrência entre os sistemas de justiça internacional, em especial, a da criação de um Tribunal de Conflitos Internacional.

Após toda esta análise, e identificados os diversos problemas associados à temática, cumpre-nos agora tentar encontrar soluções para a questão cada vez mais premente da concorrência dos diversos sistemas de justiça internacional.

As soluções apontadas pela doutrina, e que vão ser expostas no capítulo conclusivo da presente dissertação, oscilam entre uma ideia de utilização de técnicas de *soft law*, como são exemplo o diálogo judicial e a utilização do *principle of comity*, e de *hard law*, como são exemplo a extensão da jurisdição do TIJ e a criação de um Tribunal Internacional de Conflitos, conduzindo a uma panóplia de soluções heterogênea, assente em diferentes princípios.

Em primeiro lugar, nos dois primeiros pontos, analisaremos o papel do Tribunal Internacional de Justiça no ordenamento jurídico internacional e se deverá assumir, tal como preconizado pelo Presidente do Tribunal de Justiça, Gilbert Guillaume, em 26 de Outubro de 2000, um papel de destaque na resolução da temática da concorrência entre os sistemas de justiça internacional, tanto pela via decisória ou pela sua competência consultiva, ou se a sua posição não lhe permite levar a cabo as ações necessárias, atentas as restrições derivadas das fontes de Direito Internacional.

Em segundo lugar, no terceiro ponto, exporemos como a utilização de técnicas normalmente utilizadas a nível doméstico, como o instituto da litispendência e do caso julgado, poderão ser uma solução a adotar bastante viável, já sendo inclusive adotada em alguns casos, como no caso da OMC,

para melhor articulação dos sistemas de justiça internacional acionados pelos diferentes sujeitos de direito internacional.

Em terceiro lugar, no quarto ponto, analisaremos a tese do Professor Yuval Shany, de utilização de um principle of comity, sem esquecer a posição de promoção do diálogo judicial entre sistemas de justiça internacional promovida pelo Juiz Cançado Trindade.

Em quarto lugar, no quinto ponto do presente capítulo, analisaremos a solução defendida por Nikolaos Lavranos de utilização do método Solange, de inspiração alemã, para articulação dos diversos sistemas de justiça internacional, como já foi sugerido por alguma jurisprudência ser o que acontece entre o TJUE e o TEDH.

Por último, analisaremos a hipótese da criação de um Tribunal Internacional de Conflitos, as suas vantagens e inconvenientes, e a possibilidade da sua viabilidade no atual ordenamento jurídico internacional.

6.1. A extensão da Jurisdição do Tribunal Internacional de Justiça e a sua utilização como instância de recurso

O Tribunal Internacional de Justiça é o órgão jurisdicional por excelência referenciado no que concerne à resolução de litígios internacionais, facto confirmado pela Carta das Nações Unidas, mas que perde alguma força quando constatamos que dos 192 membros das Nações Unidas, apenas 66 aceitaram a sua jurisdição.

Consequentemente, como nos ensina Nikolaos Lavranos¹⁸⁶, o Tribunal enfrenta diversas limitações, uma vez que está dependente da aceitação da sua jurisdição pelos Estados, a par de limitações *ratione personae* – o facto de só Estados poderem servir-se da sua jurisdição – e *ratione materiae*, o que lhe traz maiores dificuldades no exercício do poder jurisdicional que lhe é conferido.

¹⁸⁶ LAVRANOS, Nikolaos, “On the need to regulate competing jurisdictions between international courts and tribunals”, European University Institute, Max Weber Programme, 2009/14, ISSN 1830-7728

Com efeito, é princípio genericamente aceite que a jurisdição de um sistema de justiça internacional só pode ser exercida mediante a concessão de consentimento pelas partes a esse mesmo sistema.

É assim em quase todos os sistemas de justiça internacional existentes, com exceção do nosso sistema de justiça do Tribunal de Justiça da União Europeia, que se aplica automaticamente com a adesão à União, ou do sistema de justiça do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, cuja sua aplicação decorre da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Contudo, essa é verdadeiramente a exceção, pois como nos ensina Amerashinge¹⁸⁷ o consentimento é a base do exercício da jurisdição internacional, podendo ser mais ou menos extenso no que concerne a cada sistema de justiça internacional.

A título de exemplo, vejamos o consentimento necessário para o exercício da jurisdição do Tribunal Internacional de Justiça, que segundo o Juiz Daxner, na sua opinião no caso “Corfu Channel Case (Preliminary Objection)”¹⁸⁸, assenta em dois vetores:

“[...] I must point out that it’s necessary to make a clear difference between two notions:

- 1. Ability to appear before the Court;*
- 2. Competence of the Court. [...]”*

É nosso entender que essa ideia poderá, assim, ser decomposta em duas variáveis, dois patamares de prestação de consentimento.

Em primeiro lugar, para que lhe seja aplicável a jurisdição do Tribunal Internacional de Justiça, um Estado deve assim ser parte no próprio Estatuto do Tribunal, para que ganhe a designada “*ability to appear before the Court*”, ou o que nós chamaremos de legitimidade passiva, isto é, a habilidade de ser sujeito às decisões do próprio Tribunal Internacional de Justiça, ou às suas orientações.

¹⁸⁷ AMERASINGHE, Chittharanjan Felix, *Jurisdiction of specific international tribunals*, Leiden, Nijhoff, 2009

¹⁸⁸ *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, Tribunal Internacional de Justiça, 25 de março de 1948, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=1&p3=4>.

Em segundo lugar, um Estado deverá consentir e aceitar a jurisdição do Tribunal Internacional de Justiça, mas já na sua vertente de legitimidade ativa, isto é, a possibilidade de utilizar os mecanismos do tribunal e o sistema na sua plenitude, ao abrigo do art. 36º da Carta das Nações Unidas, seja do nº1 ou do nº2.

Contudo, essa dificuldade poderia ser de fácil mitigação, se conseguíssemos estender a jurisdição do Tribunal Internacional de Justiça, convertendo-o num Supremo Tribunal, à semelhança do que acontece nos ordenamentos jurídicos internos.

Com esta extensão, como afirma Lavranos, o Tribunal Internacional de Justiça funcionaria como um órgão uniformizador, concedendo a consistência e coerência necessária às decisões internacionais, evitando situações como a de contradição já analisada entre o Tribunal Internacional de Justiça e o Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia a propósito da responsabilidade internacional dos Estados.

É também esta a proposta de Karin Oellers-Frahm¹⁸⁹, que defende que o Tribunal Internacional de Justiça deverá funcionar como o guardião da unidade do ordenamento jurídico internacional.

Com efeito, na opinião deste Autor, o Tribunal Internacional de Justiça será o único com jurisdição *ratione personae* e *ratione materiae* suficientemente ampla para dar resposta aos problemas de conflito que emergem.

Contudo, a forma como Oellers-Frahm estrutura essa posição a ocupar pelo Tribunal Internacional de Justiça padece, em nosso entender, de algumas críticas, que exporemos de seguida.

Em primeiro lugar, este Autor entende que a ação de supervisão por parte do Tribunal Internacional de Justiça deveria ser desenvolvida com base no art. 96º, nº1 da Carta das Nações Unidas¹⁹⁰, isto é, com base na sua

¹⁸⁹ OELLERS-FHRAM, Keller, “Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction – Problems and Possible Solutions”, *Max Planck UNYB* 5, 2001

¹⁹⁰ “1 - A Assembleia Geral ou Conselho de Segurança poderá solicitar parecer consultivo ao Tribunal Internacional de Justiça sobre qualquer questão jurídica.

2 - Outros órgãos das Nações Unidas e organizações especializadas que forem em qualquer momento devidamente autorizadas pela Assembleia Geral, poderão também solicitar

competência consultiva, que pode ser exercida pela Assembleia Geral e pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas.

Ou seja, seria possível, no atual panorama jurídico internacional, sem ser necessária a realização de uma alteração à Carta das Nações Unidas, que o Tribunal Internacional de Justiça começasse a desenvolver esta ação, desde que esses órgãos reenviassem as questões de conflito de jurisdições que identificassem, solicitando o seu parecer.

Porém, o parecer do Tribunal Internacional de Justiça, no uso da sua competência consultiva, não é vinculativo, podendo ou não ser seguido pela Assembleia Geral ou pelo Conselho de Segurança e, em última instância, pelos sistemas de justiça internacional envolvidos, o que nos remete para o nosso primeiro problema – a falta de aceitação desse parecer por parte dos sistemas em conflito.

Oellers-Frahm apresenta-nos um prisma interessante para a resolução desse problema que não podemos ignorar.

Assim, na opinião deste Autor, a aceitação por parte dos sistemas de justiça internacional envolvidos dependeria, em primeiro lugar, de ser ou não um sistema na órbita do sistema da Organização das Nações Unidas.

Com efeito, o Autor defende que os sistemas de justiça sob a órbita da Organização das Nações Unidas poderiam muito mais facilmente aceitar uma solução proposta pelo Tribunal Internacional de Justiça à Assembleia Geral ou ao Conselho de Segurança.

O problema só se desenvolveria, assim, em relação aos sistemas de justiça internacional que não estejam sob essa órbita, onde o Autor é o próprio a levantar o problema da difícil aceitação por parte desses sistemas.

Contudo, há na nossa opinião razões mais fortes para além da exequibilidade ou não dos pareceres proferidos pelo Tribunal Internacional de

pareceres consultivos ao Tribunal () sobre questões jurídicas surgidas dentro da esfera das suas catividades.*”, in art. 96º, nº1 da Carta das Nações Unidas, cuja versão portuguesa está disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/onu-carta.html>.

Justiça que fazem com que não possamos concordar com a posição de Karin Oellers-Frahm.

Referimo-nos, assim, ao princípio basilar *montesquiano* de divisão de poderes, que não poderá, no nosso entender, ser olvidado no panorama jurídico democrático de que fazemos parte.

E, conseqüentemente, dar a faculdade à Assembleia Geral e ao Conselho de Segurança das Nações Unidas, órgãos políticos, de solicitar parecer ao Tribunal Internacional de Justiça relativamente a outros sistemas de justiça internacional seria, no nosso entender, desvirtuar a essência de todo o sistema, imiscuindo o poder executivo da Organização das Nações Unidas no poder judicial da própria organização, e mais, de sistemas de justiça internacional sobre os quais não tem qualquer jurisdição, pelo que não pode essa solução proceder.

Por outro lado, uma hipótese ainda mais ousada apresentada por Nikolaos Lavranos, que merece nota, é a de o Tribunal Internacional de Justiça funcionar como instância de recurso de apelação das outras instâncias internacionais, tornando-se, assim, num árbitro último de direito internacional público.

Isto traria, por um lado, a tão necessária homogeneidade na aplicação do direito internacional público, e uma primeira estrutura hierarquizada, tornando-o superior aos restantes tribunais e sistemas de resolução de litígios internacionais.

No entanto, por outro lado, esta é uma solução que, na nossa opinião, apresenta alguns problemas.

Em primeiro lugar, esta teria que ser uma solução dependente da vontade dos Estados, uma vez que todos eles teriam que aceitar a expressa e plena jurisdição do Tribunal Internacional de Justiça nestes moldes, o que não nos parece ser algo de fácil execução, pois teria que ser assente em relações políticas e diplomáticas de cooperação muito fortes entre todos os Estados-membros da ONU, que ainda não existem, visto que só aproximadamente um terço dos Estados aceitou a jurisdição do Tribunal Internacional de Justiça.

Em segundo lugar, poderia levantar questões de legitimidade dos sistemas de justiça internacionais, uma vez que todas as suas decisões poderiam não ser definitivas, por estarem sujeitas ao crivo do Tribunal Internacional de Justiça que, ao ganhar mais poder, retiraria vinculatividade às restantes instâncias, com esta possibilidade de um recurso extraordinário das suas decisões.

Por último, para uma jurisdição plena, assistiríamos, na prática, a uma extensão da sua jurisdição *ratione materiae*, uma vez que teria que servir de instância de apelação para vários tribunais de competência especializada, com trâmites muito específicos, como o Tribunal de Direito Internacional do Mar, o que implicaria um conhecimento bastante aprofundado das matérias.

Assim, parece-nos de difícil execução que o tribunal conseguisse abarcar todos os sistemas de justiça internacional, pelo que não é esta a solução que defendemos.

Estender a jurisdição do Tribunal Internacional de Justiça, ou ir ainda mais além e torná-lo uma instância de recurso é algo que, para além de exigir demasiado dos juízes que formam o Tribunal Internacional de Justiça, iria duplicar o problema da proliferação de instâncias internacionais, uma vez que o dispêndio de recursos económicos iria continuar, em busca de uma decisão mais favorável em sede de apelação se esta não fosse conseguida na “primeira instância”, alimentando exaustivamente o *fórum shopping*, o que é, na nossa opinião, um preço demasiado alto a pagar pela uniformização e coerência dos sistemas de justiça internacional.

O ordenamento jurídico internacional precisa sim de soluções efetivas, vinculativas e de fácil execução, que garantam a sua unidade e harmonizem as diferentes instâncias, por forma a que seja possível a coexistência dos diferentes sistemas de justiça internacional, sem os problemas dos conflitos emergentes da sua utilização.

6.2. A criação de um sistema de “controlo prévio” ou a extensão da já existente competência consultiva do Tribunal Internacional de Justiça

Oellers-Frahm, no entanto, ciente da existência de alguns dos problemas já identificados, propõe outra solução que deverá ser exposta, e que é também acompanhada por Lavranos, noutros termos, – a de introdução de cláusulas nos instrumentos jurídicos criadores dos vários sistemas de justiça internacional que prevejam a possibilidade de os mesmos recorrerem diretamente à competência consultiva do Tribunal Internacional de Justiça, isto é, sem a intervenção de qualquer órgão dotado de poder político e sem uma diminuição das garantias de imparcialidade, como expusemos.

Nesta senda, também Nikolaos Lavranos¹⁹¹ pugnou pela criação de um sistema de “controlo prévio” (“*preliminar ruling*”, nas palavras do autor), em que o Tribunal Internacional de Justiça pudesse receber pedidos dos diversos sistemas de justiça internacional relativos à interpretação de questões de direito internacional público para decisão preliminar do caso, deixando a decisão final a cargo do respetivo tribunal, num modelo semelhante à de decisão de questões preliminares através do *reenvio prejudicial*¹⁹² no Direito da União Europeia.

A diferença entre os dois autores é que Lavranos entende que, da mesma forma, o Tribunal Internacional de Justiça poderia formular aos diversos sistemas de justiça internacional, principalmente aqueles de competência especializada, pedidos da mesma natureza, enformando a sua decisão com um fundamento especializado.

Esta não nos parece, à primeira vista, uma solução que apresente problemas jurídicos significativos, sendo algo que no nosso entender deverá ser desenvolvido, nas duas vertentes apresentadas.

Contudo, por um lado apresenta um problema óbvio no caso da via de Oellers-Frahm - a necessidade de todos os Estados que são parte nos diversos sistemas de justiça internacional terem que ratificar as alterações a introduzir nos instrumentos jurídicos criadores dos diversos sistemas de justiça internacional e poder consequentemente conduzir a que decorra um

¹⁹¹ LAVRANOS, Nikolaos, “*On the need to regulate competing jurisdictions between international courts and tribunals*”, European University Institute, Max Weber Programme, 2009/14, ISSN 1830-7728.

¹⁹² Cfr. art. 267º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

hiato de tempo considerável até que a solução possa começar a ser posta em prática, correndo o risco de ser ultrapassada por outra de mais fácil execução.

Por outro lado, a via do “controle prévio” asseguraria a uniformidade do Direito Internacional, impondo uma hierarquização menos forte entre os sistemas de justiça internacional, em relação à solução de utilizar o Tribunal Internacional de Justiça como instância de apelação, melhorando a consistência do direito internacional e a cooperação entre as instâncias.

Mas é nossa opinião que esta solução levanta, no entanto, algumas reservas, nomeadamente de eficácia, uma vez que nos parece de difícil aceitação que as instâncias fossem abdicar da sua “imagem externa”, requerendo decisões preliminares ao Tribunal Internacional de Justiça, e aceitassem a imagem do Tribunal Internacional de Justiça como *primus inter pares*.

Parece-nos mais propensa à eficácia, contudo, uma terceira via de harmonização entre as duas soluções, proposta inclusive por Nikolaos Lavranos, de forma a assentar legalmente melhor a sua posição, a de extensão da já existente competência consultiva do Tribunal Internacional de Justiça, nos termos do disposto no artigo 65º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, para além dos grupos e agências especializadas que atualmente podem requerer pareceres, por forma a incluir algumas das instâncias internacionais.

Com efeito, Lavranos apoia-se numa interpretação extensiva do art. 65º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça¹⁹³, que prevê a possibilidade de o Tribunal Internacional de Justiça conceder parecer sobre questões de Direito Internacional que lhe sejam enviados por qualquer órgão autorizado para o fazer.

¹⁹³ “1. The Court may give an advisory opinion on any legal question at the request of whatever body may be authorized by or in accordance with the Charter of the United Nations to make such a request.

2. Questions upon which the advisory opinion of the Court is asked shall be laid before the Court by means of a written request containing an exact statement of the question upon which an opinion is required, and accompanied by all documents likely to throw light upon the question.”, in Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, disponível em http://www.icj-cij.org/documents/?p1=4&p2=2#CHAPTER_IV.

Esta solução, para além de perder a conotação vinculativa da “decisão preliminar”, apresenta a vantagem de envolver poucas (ou nenhuma) alterações à legislação que enforma o funcionamento do Tribunal, não introduzindo grande estrutura hierárquica, fazendo com que a aceitação fosse mais rápida e, eventualmente, muito mais eficaz.

6.3. O princípio da aplicação do “caso julgado” e da “litispendência”

Tal como já discutido supra, a propósito do *fórum shopping* em direito internacional público, somos da opinião que uma solução exequível seria a introdução nos vários instrumentos fundadores dos vários sistemas de justiça internacional de cláusulas que regulassem o “caso julgado” e a “litispendência”, limitando a admissibilidade das ações cujo objeto já tenha sido julgado, numa disputa entre as mesmas partes, com os mesmos fundamentos (caso julgado), ou que já esteja a ser julgado noutro foro internacional (litispendência).

Esta é uma solução defendida por vários Autores, como Yuval Shany¹⁹⁴, Vaughan Lowe¹⁹⁵, e Son Tan Nguyen¹⁹⁶, este último defensor de que essa utilização destes institutos não pode ser já dada como assente.

Com efeito, Nguyen entende que para a utilização destes institutos pelos sistemas de justiça internacional poder ser realizada, estes têm que passar alguns testes.

Em primeiro lugar, Nguyen entende que a utilização destes institutos só poderá ser realizada se estes forem entendidos como princípios gerais de direito, ao abrigo do art. 38º, nº1, al. c) do ETIJ, e consequentemente, poderem ser utilizados pelos diferentes sistemas de justiça internacional ao abrigo da sua “*inherent jurisdiction*”.

¹⁹⁴ Cfr. SHANY, Yuval, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, OUP, 2003, pp. 154 a 173 e 239 a 254.

¹⁹⁵ Cfr. LOWE, Vaughan, “Overlapping Jurisdiction in International Tribunals”, *Australian Year Book of International Law*, 191, 1999.

¹⁹⁶ Cfr. NGUYEN, Son Tan, “The applicability of Res Judicata and Lis Pendens in World Trade Organization dispute settlement”, *Bond Law Review*, Volume 25, Issue 2, pp. 123 a 165, disponível em <http://epublications.bond.edu.au/blr/vol25/iss2/10>.

Por outro lado, em segundo lugar, à semelhança de outros autores¹⁹⁷, Nguyen entende que os princípios da litispendência e do caso julgado teriam que ser suficientemente determináveis e claros para serem utilizados ao abrigo da *inherent jurisdiction* dos diferentes sistemas de justiça internacional, o que se apresenta assim como o seu maior obstáculo, uma vez que esses princípios não são efetivamente de fácil determinação universal.

Assim, cumpre-nos analisar a possibilidade de o princípio de “caso julgado” e de o princípio da “litispendência” poderem ser efetivamente Princípios Gerais de Direito Internacional.

Vários Autores, como Bin Cheng¹⁹⁸, Barnett¹⁹⁹ ou Yuval Sinai²⁰⁰, têm avançado nesse sentido, defendendo o preenchimento da definição de *res judicata* como uma norma inerente que não define nada mais a não ser o facto de uma decisão ser obrigatória e definitiva e, por isso, deve ser considerada como parte do ordenamento jurídico internacional.

No nosso entender, estaremos perante um “caso julgado” ou *res judicata* quando existir uma identidade de partes, i.e., os litigantes apresentam-se como os mesmos noutro foro internacional; uma identidade de pedido, ou seja, em ambos os foros a *petitio* tem a mesma identidade e, por último; uma identidade de causa de pedir, vulgo, quando a questão que dá

¹⁹⁷ Cfr. FRANCK, Thomas M., *Fairness in International Law and Institutions*, Clarendon Press – Oxford, 1995.

¹⁹⁸ “[r]ecognition of an award as *res judicata* means nothing else more than recognition of the fact that the terms of that award are definitive and obligatory” – cfr. CHENG, Bin, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Stevens & Sons Limited, Londres, 1953.

¹⁹⁹ “*res judicata* is a judicial decision of special character because, being pronounced by a court or tribunal having jurisdiction over the subject-matter and the parties, it disposes finally and conclusively of the matters in controversy, such that – other than on appeal – that subject-matter cannot be re-litigated between the same parties or their privities. Instead, the subject-matter becomes – as the Latin reveals – ‘a thing adjudicated’, with *res judicata* thereafter standing as the final and conclusive resolution of the parties’ dispute.” – cfr. BARNETT, Peter R., *Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgments: The Preclusive Effects of Foreign Judgments in Private International Law*, OUP, 2001, pp. 8 a 9.

²⁰⁰ “[...] a party should not be allowed to re-litigate a matter that it has already litigated [...]” – cfr. SINAI, Yuval, “Reconsidering Res Judicata: A Comparative Perspective”, 21 *Duke Journal of Comparative and International Law*, p. 253.

impulso processual ao litígio é essencialmente a mesma, como será caso paradigmático o contencioso *Mox Plant*²⁰¹.

A questão resumir-se-á, então, à averiguação da existência de prática jurídica suficiente para a qualificar como um princípio geral de direito internacional, ao abrigo do art. 38º, nº1, al. c) do ETIJ.

Com efeito, como nos ensina Reinisch²⁰², é difícil colocar algum obstáculo à qualificação do princípio de “caso julgado” como princípio geral de direito internacional, atendendo à ampla citação do mesmo em casos de diversos sistemas de justiça internacional, como o são o Tribunal Internacional de Justiça²⁰³ e o Tribunal de Justiça da União Europeia²⁰⁴, defendendo que “[...] doubts about the existence of *res judicata* as a rule of international law seem to be unfounded”.

Por outro lado, quanto à possibilidade de litispendência ou *lis pendens*, podemos defini-la como uma situação em que decorrem em paralelo, perante diversos foros, procedimentos jurídicos com vista à resolução do mesmo litígio, entre as mesmas partes.

A litispendência é vista, genericamente, como prejudicial dos diversos sistemas de justiça, tanto internacionais, como domésticos, uma vez que representa uma duplicação de recursos, desnecessária. A nível doméstico, a consequência normal de uma situação de litispendência é o segundo foro onde

²⁰¹ Vide *supra* ponto 4.1.

²⁰² REINISCH, August, “The Use and Limits of Res Judicata and Lis Pendens as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes”, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 3, Issue 1, 2004, pp. 37 a 77.

²⁰³ *Societe Commerciale De Belgique (Belgium v Greece)*, Julgamento do Tribunal Permanente Internacional de Justiça, 1939; *Polish Postal Service in Danzig*, Advisory Opinion do Tribunal Permanente Internacional de Justiça, 1925; *Interpretation of Judgements Nos. 7 and 8 concerning the case of the Factory at Chorzow (Germany v Poland)*, Tribunal Permanente Internacional de Justiça, 1927; *Factory at Chorzow (Germany v Poland)*, Tribunal Permanente Internacional de Justiça, 1928; *Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal*, Advisory Opinion, TIJ, 1954; *Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906 (Honduras v Nicaragua)*, Julgamento do TIJ, 1960; *South West Africa Case (Ethiopia v South Africa)*, Julgamento do TIJ, 1966; *Requests for Interpretation of the Judgement of 11 June 1998 in the Case Concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v Nigeria)*, Julgamento do TIJ, 1999.

²⁰⁴ *Mrs. Emilia Gualco v High Authority of the European Coal and Steel Community*, caso C-14/64, 1965; *Hoogovens Groep v Commission*, Caso C-172, 226/83, 1985; *France v Parliament*, Caso C-358/85, 51/86, 1988.

a questão é apresentada, mediante invocação desta situação, se apresentar como incompetente.

Contudo, ao contrário do princípio de “caso julgado”, a verdade é que a qualificação do instituto da litispendência como um princípio geral de direito internacional ao abrigo do art. 38º, nº1, al. c) não se apresenta tão óbvia, sendo uma questão controversa.

Com efeito, não há à semelhança do que acontece com o princípio do “caso julgado”, relatório de jurisprudência que pugne pela aplicação da litispendência como um princípio geral de direito internacional, mas sim uma prática inconclusiva e com algumas limitações.

Apesar de Reinisch indicar que *“it can hardly be disputed that lis pendens is also a rule of international law applicable in international proceedings. The widespread use and similarity of the concept of lis pendens in the national procedural laws of states of all traditions as well as its inclusion in a number of bi-and multilateral agreements is evidence that lis pendens can be regarded as a general principle of law in the sense of Article 38 of the ICJ Statute”*²⁰⁵, esta é uma afirmação com que não podemos concordar.

De facto, qualificar o instituto da “litispendência” como um princípio geral de direito internacional ao abrigo do art. 38º, nº1, al. c) do ETIJ seria desvirtuar a noção de princípio geral de direito internacional, pois não há prática jurídica suficiente para fundamentar a sua universalidade.

Apesar da posição de Nguyen²⁰⁶ ser a de não ser possível a aplicação de nenhum dos institutos referidos aos sistemas de justiça internacional, é nossa opinião que isso só deverá ser assim, sem mais, em relação à litispendência e não já quanto ao caso julgado.

Assim, entendemos que o princípio da *res judicata* poderia servir como um poderoso instrumento de articulação entre sistemas de justiça

²⁰⁵ REINISCH, August, “The Use and Limits of Res Judicata and Lis Pendens as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes”, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 3, Issue 1, 2004, p. 48.

²⁰⁶ NGUYEN, Son Tan, “The applicability of Res Judicata and Lis Pendens in World Trade Organization dispute settlement”, *Bond Law Review*, Volume 25, Issue 2, pp. 123 a 165, disponível em <http://epublications.bond.edu.au/blr/vol25/iss2/10>.

internacional, sem ser necessária a realização de alterações estruturais nos respectivos tratados institutivos, enquanto princípio geral de direito internacional, ao abrigo do art. 38º, nº1, al. c) do ETIJ.

Quanto ao princípio da *lis pendens*, entendemos sim que tal só poderia vir a ser utilizado com uma previsão expressa nos textos legais que o fundamentasse, o que apesar de ser uma situação complexa, acabaria por se revelar, cremos, uma das mais eficazes, porquanto limitaria o problema do *fórum shopping* no seu início, não deixando margem para o exercício de manobras judiciais por parte dos intervenientes.

Contudo, devemos ressaltar que o problema da concorrência em sentido estrito não desapareceria com a utilização única destes mecanismos, sendo necessária a sua articulação com outros mecanismos de resolução do problema, como exporemos *infra*.

6.4. O diálogo judicial

6.4.1. A solução do Professor Yuval Shany – “The principle of Comity”

Esta tese do Professor Yuval Shany²⁰⁷, assente num “*principle of Comity*” ou “*princípio de cortesia*” (tradução nossa), tem por base uma ideia de entendimento entre os diversos tribunais e complexos judiciais internacionais, de forma a que cada um prestasse aos restantes uma certa deferência nas suas decisões, respeitando-as e restringindo-se de as contradizer, em virtude da cortesia existente entre os diferentes sistemas.

Sendo uma solução tipicamente de *soft law*, um “*gentlemen’s agreement*” nas palavras de Nikolaos Lavranos²⁰⁸, a verdade é que tem vindo a ser considerado como superior a uma mera solução de *soft law*, devendo ser incluído, na opinião do Professor Petersmann²⁰⁹, como parte do próprio

²⁰⁷ SHANY, Yuval, *Regulating Jurisdictional Relations between national and international courts*, OUP, 2007.

²⁰⁸ LAVRANOS, Nikolaos, *On the need to regulate competing jurisdictions between international courts and tribunals*, European University Institute, Max Weber Programme, 2009/14, ISSN 1830-7728.

²⁰⁹ PETERSMANN, E.U., “Do Judges Meet Their Constitutional Obligation to Settle Disputes in Conformity with Principles of Justice and International Law?”, *European Journal of Legal Studies*, 2007, pp. 34-35.

princípio do Estado de Direito no exercício da função jurisdicional por juízes e árbitros.

O “princípio de cortesia” funcionaria assim como um mecanismo acionado entre os diversos sistemas de justiça internacional, que deveriam ter o cuidado de analisar rigorosamente o quadro jurisprudencial anterior a uma decisão, numa perspectiva de diálogo judicial, em detrimento de uma perspectiva de supremacia de uns sistemas de justiça internacional em relação aos restantes.

Esta solução não foi defendida apenas por Yuval Shany, dando lugar a que novas vozes se levantassem em sua defesa, como veremos *infra*.

6.4.2. A solução do diálogo judicial do Juiz Cançado Trindade

Uma das poucas vozes sobre a temática da concorrência de sistemas de justiça internacional que temos a escrever em língua portuguesa é a do Professor António Cançado Trindade²¹⁰, Juiz do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, e a sua posição assenta essencialmente na promoção do diálogo judicial entre os diversos sistemas de justiça internacional.

Com efeito, o Autor entende que a solução não passa por estabelecer uma hierarquia entre tribunais, dando supremacia ao Tribunal Internacional de Justiça, classificando inclusive a busca dessa supremacia como “[...] *pretensões mesquinhas e frívolas* [...]”²¹¹, mas sim pela evolução positiva de todos os sistemas de justiça internacional, com a produção de sentenças de excelência.

Para Cançado Trindade, o complexo de sistemas de justiça internacional apresentar-se-á como uma “[...] *rede policêntrica de tribunais internacionais* [...]”²¹² cuja coerência e coexistência harmónica apenas

²¹⁰ CANÇADO TRINDADE, António Augusto, *Os Tribunais Internacionais Contemporâneos e a Busca da Realização do Ideal da Justiça Internacional*, estudo do autor que serviu de base à Aula Magna que ministrou na Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte, a 27 de agosto de 2009, disponível em <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30426.pdf>.

²¹¹ Ibid, p. 45.

²¹² Ibid.

existirá pela via do diálogo judicial entre sistemas de justiça internacional²¹³ e pela via do “respeito mútuo”, o que nos remete de novo para a solução do professor Yuval Shany.

Mais, o Autor fundamenta a sua posição em dois encontros de magistrados judiciais de sistemas de justiça internacional, a Reunião de Luxemburgo de 2002²¹⁴ e a Reunião de Manágua de 2007²¹⁵, que são no seu entender focos de evolução do próprio direito internacional, por reduzirem tensões e melhorarem as relações entre os sistemas de justiça internacional, defendendo a convivência de magistrados de diferentes proveniências como “*salutar*”²¹⁶

Em jeito de conclusão do presente subcapítulo, cumpre-nos constatar que, de facto, analisadas teoricamente, as soluções que têm por base a promoção do diálogo judicial entre sistemas de justiça internacional poderiam trazer a “paz” tão necessária ao Direito Internacional Público e aos sistemas de justiça internacional, mas na prática, revelam-se no nosso entender como soluções verdadeiramente utópicas, embora louváveis, por assentes num princípio de boa-fé e cortesia.

De facto, é nosso entender que dois encontros de magistrados judiciais, como a Reunião de Luxemburgo e a Reunião de Manágua, não serão exemplos suficientes para que esta possa ser uma solução viável.

Com efeito, é o que a prática jurídica na matéria nos mostra, nomeadamente em especial a problemática à volta do caso *Tadic*, demonstrando que a cortesia nem sempre tem um papel de destaque nas

²¹³ Neste sentido, cfr. SLAUGHTER, Anne-Marie, *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton, 2004, pp. 85 a 103.

²¹⁴ Reunião de Luxemburgo, Luxemburgo, 3 de dezembro de 2002, convocada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, com diversos magistrados de vários sistemas de justiça internacional. Não resultou da reunião a produção de qualquer documento.

²¹⁵ Reunião de Manágua, Nicarágua, 4 de outubro de 2007, com diversos magistrados de vários sistemas de justiça internacional. Resultou da reunião a produção de um documento, de circulação interna.

²¹⁶ CANÇADO TRINDADE, António Augusto, *Os Tribunais Internacionais Contemporâneos e a Busca da Realização do Ideal da Justiça Internacional*, estudo do autor que serviu de base à Aula Magna que ministrou na Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte, a 27 de agosto de 2009, p. 63, disponível em <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30426.pdf>.

decisões dos sistemas de justiça internacional, por assentarem em princípios norteadores diferentes, que acabam por conduzir a pontos de fratura.

Nesta senda, embora o diálogo judicial possa e deva até ser encorajado no ordenamento jurídico internacional, não se revela, salvo melhor opinião, como a via para a resolução definitiva da temática da concorrência entre os sistemas de justiça internacional.

6.5. A aplicação do método Solange – a tese de Nikolaos Lavranos

Para além das soluções que têm por base o diálogo judicial, outra solução que assenta num método de soft law e que merece nota é a utilização pelos sistemas de justiça internacional, conforme preconizado por Nikolaos Lavranos²¹⁷.

O método *Solange*²¹⁸ foi o método utilizado pelo *Bundesverfassungsgericht*, Tribunal Constitucional Alemão, para a regulação da sua jurisdição *vis-à-vis* com o Tribunal de Justiça da União Europeia (à data, Tribunal das Comunidades Europeias), já na década de 70, a propósito do desenvolvimento da União Europeia (Comunidade Económica Europeia, à data) e da sua colisão com os direitos fundamentais dos indivíduos, da forma como estavam previstos pelo ordenamento jurídico alemão.

Com efeito, o Tribunal das Comunidades Europeias declarava a sua jurisdição exclusiva, o que se contrapunha com o entendimento do Tribunal Constitucional Alemão, que considerava manter uma certa “*reserva jurisdicional*” relativamente a determinadas matérias, que não deveriam ser alvo da jurisdição comunitária.

Atualmente, após o desenvolvimento desta jurisprudência, a conclusão alemã prende-se com a ideia de que o Tribunal Constitucional Alemão apenas intervirá se considerar que as medidas europeias não asseguram o “nível

²¹⁷ Cfr. LAVRANOS, Nikolaos, *On the need to regulate competing jurisdictions between international courts and tribunals*, European University Institute, Max Weber Programme, 2009/14, ISSN 1830-7728, pp. 49 a 55.

²¹⁸ Cfr. *Decisão Solange I* (BVerfGE 37, 271) de 29 de maio de 1974, disponível em <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=588>

mínimo de proteção aos direitos fundamentais”, num nível geral, numa ideia de “reserva jurisdicional mínima”, e que a sua intervenção é necessária.

É este o conceito que Lavranos pretende transpor como resolução para o problema da concorrência dos sistemas de justiça internacional, aplicando-o aos diferentes casos que possam surgir entre os diversos sistemas, que deverão exercer uma “reserva mínima de jurisdição” quando os outros tribunais tenham proferido decisões que assegurem o “mínimo de proteção” dos seus âmbitos de jurisdição.

Assim, o autor defende como principais vantagens da aplicação deste método a restrição temporal dos procedimentos, a par de uma aplicação mais consistente e uniforme do direito internacional, um fortalecimento da autoridade dos tribunais pela aplicação do método *Solange*, e uma maior justiça concedida às partes, contribuindo para a construção do *rule of law*, concluindo pela utilização do método como uma forma de adequada resolução do problema da concorrência entre os sistemas de justiça internacional²¹⁹.

No entanto, apesar de louvável, a sua exposição é construída essencialmente através de estudos de caso²²⁰ o que nos deixa sem uma teoria geral de aplicação do método *Solange* ao problema da concorrência dos sistemas de justiça internacional, para além daquela que já podia ser inferida do próprio método, pelo que ficamos, assim, expectantes por uma teoria mais aprofundada, que acreditamos ter mérito e poder verdadeiramente ser uma solução credível.

6.6. A criação de um Tribunal Internacional de Conflitos

6.6.1. A proposta de criação de um Tribunal Internacional de Conflitos apresentada por Nikolaos Lavranos

A última solução apresentada tem inspiração nos ordenamentos jurídicos europeus, designadamente no *Tribunal des Conflits* francês, e consiste na criação de uma instância, de posição superior na hierarquia,

²¹⁹ Cfr. LAVRANOS, Nikolaos, *On the need to regulate competing jurisdictions between international courts and tribunals*, European University Institute, Max Weber Programme, 2009/14, ISSN 1830-7728, pp. 49 a 55.

²²⁰ Ibid., p.54.

responsável por resolver os conflitos emergentes das diferentes decisões proferidas pelos diversos sistemas de justiça internacionais.

No entender de Nikolaos Lavranos²²¹, este tribunal deveria ser composto idealmente por membros do Tribunal Internacional de Justiça e das restantes instâncias de competência especializada, bem como por membros dos diferentes tribunais e mecanismos de resolução de litígios a nível regional, e por um membro do Tribunal Permanente de Arbitragem.

O tribunal seria responsável por definir que jurisdição teria primazia na decisão de determinada causa, em caso de conflito entre as mesmas, e de emitir acórdãos uniformizadores de jurisprudência, no caso de decisões claramente contraditórias, como no caso *Tadic* vs caso da *Nicarágua*.

A principal vantagem desta solução apresentada por Lavranos, a qual nós partilhamos, embora com algumas alterações, é a de oferecer uma solução estável, com a introdução de uma clara estrutura hierárquica, vinculativa, que beneficiaria o direito internacional pela coerência e segurança jurídica.

Para além disso, ao contrário da extensão da jurisdição do Tribunal Internacional de Justiça, que como já explanamos pode não ser bem aceite pela comunidade internacional, por beneficiar um sistema em relação aos outros, a criação de um Tribunal Internacional de Conflitos faria com que todas as instâncias, ao estarem representadas, mais facilmente aceitassem a sua jurisdição, sendo também uma situação mais igualitária.

Esta é, no entanto, uma solução de complexa execução, não só pelos recursos económicos envolvidos, como também pela vontade política forte que teria que existir para o desenvolvimento do projeto, vontade essa que, no panorama das relações internacionais atuais, não estamos certos de poder existir.

²²¹ Ibid., p. 44.

6.6.2. A nossa proposta de criação de um Tribunal Internacional de Conflitos de funcionamento *ad hoc*

Para ultrapassar este problema, é nosso entendimento que a criação de um Tribunal Internacional de Conflitos deverá passar não pela composição defendida por Lavranos, mas por uma estrutura um pouco diferente.

Com efeito, para que sejam ultrapassados os obstáculos referidos, é nossa opinião que a ser criado um Tribunal Internacional de Conflitos, este deverá ser uma instância de carácter permanente, mas de funcionamento *ad hoc*, funcionando apenas em caso de necessidade, a pedido.

Assim, em termos procedimentais, o Tribunal Internacional de Conflitos seria utilizado em caso de solicitação de algum dos sistemas de justiça internacional, quando confrontado com uma questão de possível concorrência de jurisdições, suscitada por alguma das partes, ou levantada oficiosamente pelo mesmo.

À semelhança do que acontece com o reenvio prejudicial, no seio da União Europeia, por parte dos tribunais domésticos dos Estados-membros, os diversos sistemas de justiça internacional teriam a possibilidade de reenviar a “questão prejudicial” da existência ou não de conflito de jurisdições e, a existir, qual a jurisdição que deveria prevalecer, para este novo sistema de justiça internacional.

Este Tribunal Internacional de Conflitos, apesar de permanente, funcionaria então no momento da solicitação do sistema de justiça internacional que se deparou com a sua necessidade, estabelecendo-se um painel formado por magistrados dos sistemas de justiça internacional em confronto, de igual número, e por um magistrado do Tribunal Internacional de Justiça, que presidiria aos trabalhos.

O primeiro obstáculo que se levanta prende-se com o modo de criação desse Tribunal, uma vez que, em nossa opinião, tal tarefa não se afigurará de fácil execução.

De facto, entendemos que só através da alteração das fontes de Direito Internacional que fundamentaram a criação dos diversos sistemas de justiça internacional existentes poderia ser previsto um Tribunal desta natureza,

porquanto a sua utilização dependeria da concordância dos sistemas de justiça internacional e, em última instância, do consentimento dos Estados sujeitos à sua jurisdição.

Outra alternativa seria a criação deste Tribunal Internacional de Conflitos por meio de tratado, resultante da concertação entre Estados, para o qual seria necessário um alto nível de entendimento entre as partes contratantes, o que não seria fácil.

O segundo obstáculo que se levanta tem que ver com a natureza da própria decisão a produzir por este Tribunal Internacional de Conflitos, *id est*, se será uma decisão vinculativa para os sistemas de justiça internacional em confronto ou se, pelo contrário, será apenas uma recomendação, não vinculativa para os sistemas de justiça internacional envolvidos, que poderão assim atender à mesma ou não.

Em nossa opinião, para que o Tribunal Internacional de Conflitos criado pudesse funcionar e ser eficaz, não nos resta outra alternativa que não a de as decisões destes painéis criados ad hoc serem vinculativas, sob pena de se esvaziar de conteúdo o próprio sistema.

Com efeito, com a composição prevista para o referido Tribunal Internacional de Conflitos, assente em membros dos próprios sistemas de justiça internacional em confronto, entendemos que se encontram reunidos os critérios de legitimidade necessários.

Para além disso, convém ressaltar que este Tribunal nunca decidiria sobre a questão de mérito, essa apreciada pelos sistemas de justiça internacional em oposição, mas tão somente a questão do confronto de jurisdições *strictu sensu*, a fim de definir qual destas deveria apreciar a questão apresentada, relegando para este sistema de justiça internacional a decisão da matéria de direito *sub judice*.

Pelo que defendemos a produção de uma decisão vinculativa para os sistemas de justiça internacional envolvidos, em nome da segurança jurídica e do bom funcionamento do ordenamento jurídico internacional.

Porquanto, caso assim não fosse, como referimos, qualquer decisão a que este Tribunal Internacional de Conflitos chegasse corria o risco de perder

utilidade prática, pelo não cumprimento por parte dos restantes sistemas de justiça internacional, pelo que a previsão desta solução teria sempre que ter por base a obrigatoriedade do cumprimento das suas decisões.

Sabemos nós perfeitamente que esta não será uma solução perfeita, e que carecerá do preenchimento de lacunas, que salvo melhor opinião, só através da prática se conseguirão preencher, de forma a atingir um ponto último de resolução da questão da concorrência de sistemas de justiça internacional.

E, de facto, esta ideia parece ser suportada, inclusive, pelo relatório do grupo de estudo da Comissão de Direito Internacional de 2006, que à semelhança do que nós defendemos, que será necessária a criação de um novo instrumento, defende que “[...] *Normative conflicts do not arise as technical ‘mistakes’ that could be ‘avoided’ by a more sophisticated way of legal reasoning. New rules and legal regimes emerge as responses to new preferences, and sometimes out of conscious effort to deviate from preferences as they existed under old regimes. They require a legislative, not a legal-technical response.* [...]”²²² (sublinhado nosso).

Com efeito, só a criação de um Tribunal Internacional de Conflitos, que analisasse *ad hoc* os conflitos de jurisdição existentes entre sistemas de justiça internacional e estabelecesse uma hierarquia entre os mesmos, poderia levar à existência de uma resposta cabal e definitiva para o problema. Como indica a Comissão, “[...] *The relevant hierarchies must only be established ad hoc and with a view to resolve particular problems as they arise [...]*”.²²³

Tribunal esse que, em nosso entender, deverá ter uma composição variável, atendendo à especificidade de matérias que poderão ser debatidas, e à necessidade de uma decisão fundamentada e estruturada, que não levante dúvidas, por abstração.

²²² *Fragmentation of International law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Relatório do Grupo de Estudo da Comissão de Direito Internacional, 58ª Sessão da Comissão de Direito Internacional, 2006, p. 245, par. 484.

²²³ *Ibid.*, par. 485.

Porquanto, conforme expõe a Comissão, “[...] *The law cannot resolve in an abstract way any possible conflict that may arise between economic and environmental regimes, between human rights and diplomatic immunity or between a universal law of the sea regime and a regional fisheries treaty. Each has its experts and its ethos, its priorities and preferences, its structural bias [...]*”²²⁴.

Pelo que apenas uma composição proveniente dos próprios sistemas de justiça internacional que pretende defender poderá acautelar o cumprimento das decisões deste Tribunal Internacional de Conflitos, a existência de *comity* e diálogo judicial e um verdadeiro efeito prático desta nova instância.

No entanto, este será, assim, um trabalho contínuo, que deverá ser desenvolvido nos próximos anos, atenta a prática jurídica que se venha a desenvolver, sendo apenas uma proposta de resolução da temática através de uma solução definitiva, e efetivamente viável.

Em suma, apesar das dificuldades, esta será para nós a solução preconizada com maiores vantagens e, a existir vontade política e recursos económicos, de melhor exequibilidade a longo prazo, pois é uma via que perdurará, não dependendo de fatores externos, como o maior ou menor nível de cortesia dos tribunais, utilizando as instâncias internacionais na resolução do seu próprio problema, colocando a sua legitimidade a conduzir os destinos do ordenamento jurídico internacional.

²²⁴ Ibid., p. 247, par. 488.

VII. Conclusões

Após esta análise, é fácil dizer que o problema da concorrência dos diversos sistemas de justiça internacional não se afigura, de todo, de fácil resolução.

Por um lado, assiste-se à criação de inconsistências no direito internacional e na jurisprudência dos vários tribunais, o que só resulta numa maior fragmentação e não, na nossa opinião, num caminho para uma uniformização e harmonização do direito internacional.

De facto, apesar da existência de uma doutrina tão heterogénea sobre a temática, é nosso entender que a fragmentação existente supera o ideal de uniformização e evolução positiva do Direito Internacional Público, defendido por alguns autores.

Por outro lado, são passíveis de identificar diversos problemas de articulação entre os sistemas de justiça internacional, seja a nível universal, a nível regional, ou entre o nível universal e regional, problemas estes ilustrados pela prática jurídica existente, exposto em casos como *Mox Plant*, *Tadic*, *Nicarágua vs EUA*, *Bosphorus*, *Matthews*, *Mexico Soft Drinks*, *Brazilian Tyres*, *Kadi*, ou *La Grand*, entre outros que não se permitiu analisar por uma questão de síntese académica.

Para além disso, o fenómeno do *fórum shopping*, uma agravante da concorrência entre sistemas, por sua vez, contribui para o alargamento do horizonte temporal em que as disputas são resolvidas, encarecendo o recurso aos tribunais internacionais e danificando as relações políticas e económicas entre Estados, que se digladiam até à sua última hipótese.

E, por último, o fenómeno das decisões expressamente contraditórias, como é exemplo o caso *Nicarágua vs EUA*, ou inclusive o caso *Mox Plant*, destroem todo o fundamento do direito internacional, enquanto assente numa comunidade internacional aberta ao diálogo, levando a sua fragmentação a um expoente máximo.

Estabelecido que está que o problema da fragmentação do Direito Internacional Público em virtude da proliferação dos sistemas de justiça

internacional é real e apresenta sequelas bastante visíveis na prática jurídica internacional, cumpre-nos encontrar uma solução para resolver, ou pelo menos, mitigar, as consequências adversas do fenómeno.

Das várias soluções apresentadas no último capítulo, uma das quais mais prezamos é a de criação de um Tribunal Internacional de Conflitos que possa pôr termo aos litígios *in fine*, e consiga definir *a priori* qual dos sistemas de justiça internacional deva ter prioridade no julgamento de uma questão.

A ideia é claramente inspirada no sistema francês, o que não se esconde, e nos restantes ordenamentos jurídicos europeus que, nesta senda, criaram um sistema de resolução do conflito de jurisdições.

E, de facto, entendemos que o desafio imposto por este novo instrumento à soberania das instituições não pode ser um obstáculo, porquanto “[...] *if international law is needed as a structure for coordination and cooperation between (sovereign) States, it is no less needed in order to coordinate and organize the cooperation of (autonomous) rule-complexes and institutions [...]*”²²⁵, pelo que a intervenção do Direito Internacional Público em si mesmo afigura-se como a via a seguir, de forma a que se consiga finalmente ter um ordenamento jurídico internacional que obedeça a uma estrutura e consiga dialogar, resolvendo-se de forma definitiva o problema da concorrência de sistemas de justiça internacional *strictu sensu*.

Para além disso, em relação ao fenómeno de *fórum shopping* que acompanha a temática da concorrência *strictu sensu* de sistemas de justiça internacional, é nossa opinião que o recurso aos princípios da *res judicata* e da *lis pendens* afigura-se como uma das melhores soluções.

Com efeito, como expusemos, o princípio da *res judicata* poderá inclusive funcionar já como princípio geral de Direito, ao abrigo do art. 38º, nº1, al. c) do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, o que fará com que os sujeitos internacionais não sejam capazes de voltar a litigar questões que já foram discutidas e têm uma decisão definitiva.

Quanto ao princípio da *lis pendens*, entendemos que a inserção nos estatutos e restantes textos institutivos dos vários sistemas de justiça

²²⁵ Ibid., p. 246, par. 487.

internacional de cláusulas de admissibilidade do mesmo, será uma solução a curto prazo que poderá resolver grande parte dos problemas de *fórum shopping*, por impedir os sujeitos internacionais de utilizarem vários foros simultaneamente, duplicando recursos e desgastando o ordenamento jurídico internacional.

Embora acreditemos em mais do que uma das soluções apresentadas, opinião expressa no próprio texto, a verdade é que os mecanismos de *soft law* parecem-nos ser de muito mais difícil aplicação do que os restantes, razão pela qual acreditamos firmemente que a criação de um Tribunal Internacional de Conflitos é, mesmo que não num futuro próximo, uma questão iminente, e o melhor caminho a seguir, devendo sim ser complementado pelas restantes soluções, como a utilização dos princípios da *res judicata* e da *lis pendens*, bem como pela promoção do diálogo interjudicial.

Concluindo, é nossa modesta opinião que quase três décadas volvidas desde a criação dos tribunais de competência especializada, o Direito Internacional Público, bem como a comunidade de sistemas de justiça internacional, encontra-se preparado para este passo, que deverá funcionar como um novo estágio de evolução de um direito internacional cada vez mais multifacetado.

VIII. BIBLIOGRAFIA

8.1. Manuais e Monografias (por ordem alfabética)

ALVAREZ, José E., “Crimes of State / Crimes of Hate: Lessons from Rwanda”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 365, 1999, pp. 458-468 e 481-482

AMERASINGHE, Chittharanjan Felix

- *Jurisdiction of International Tribunals*, Kluwer Law International, The Hague / London / Boston, 2003

- *Jurisdiction of specific international tribunals*, Leiden, Nijhoff, 2009

BAPTISTA, Eduardo Correia, *Direito Internacional Público, Vol. II – Sujeitos e Responsabilidade*, ed. Almedina, Coimbra, 2003

BARNETT, Peter R., *Res Judicata, Estoppel and Foreign Judgments: The Preclusive Effects of Foreign Judgments in Private International Law*, OUP, 2001.

BERNHARDT, M., *Encyclopedia of Public International Law*, North Holland, 1981

BOCZEK, Boleslaw Adam *Historical Dictionary of International Tribunals*, Scarecrow Press, 1994;

BOLTON, John, *Reject and Oppose the International Criminal Court, in Toward an International Criminal Court?*, Alton Frye, 1999

BURKE-WHITE, William W., “International Legal Pluralism”, *Michigan Journal of International Law*, 2004, Vol.25, pp. 963 a 979.

CAMPOS, João Mota de, **PORTO**, Manuel, **CALVETE**, Victor, **FERNANDES**, António José, **MEDEIROS**, Eduardo Raposo de, **RIBEIRO**, Manuel Almeida, **DUARTE**, Maria Luísa, **CAMPOS**, João Luís Mota de, *Organizações Internacionais*, Coimbra Editora, 2010.

CAFLISCH, Lucius, “Le Règlement Pacifique des Différends Internationaux à la Lumière des Bouversements Intervenues en Europe Centrale et en Europe de l’Est”, em *Anuario de Derecho Internacional*, 1993, pp. 17 a 39.

CANÇADO TRINDADE, António Augusto, *Os Tribunais Internacionais Contemporâneos e a Busca da Realização do Ideal da Justiça Internacional*, estudo do autor que serviu de base à Aula Magna que ministrou na Escola Superior Dom Hélder Câmara, em Belo Horizonte, a 27 de agosto de 2009, disponível em <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30426.pdf>

CASSESSE, A., “The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia”, *European Journal of International Law*, 2007

CHARNEY, Jonathan I., “Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?”, 271 *Recueil des Cours* 105, 1998, pp. 125.

CHENG, Bin, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Stevens & Sons Limited, Londres, 1953.

DUARTE, Maria Luísa

- “O Tribunal de Justiça da União Europeia e o Controlo Indirecto das Decisões do Conselho de Segurança. Sobre os critérios relevantes de conciliação prática entre a luta contra o terrorismo internacional e a proteção dos direitos fundamentais”, in *Themis*, ano XIII, n.ºs 24/25, 2013, pp. 49-76

- *Direito internacional Público: ordem jurídica global no século XXI*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014

D. VARELLA, Marcelo e **OLIVEIRA**, Vitor Eduardo Tavares de, “Da Unidade à Fragmentação Do Direito Internacional - O Caso Mox Plant”, *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, p. 119-140, jan./jun. 2009

FRANCK, Thomas M., *Fairness in International Law and Institutions*, Clarendon Press – Oxford, 1995.

HUDSON, Manley O., *International Tribunals: Past and Future*, Brookings Institution, 1944

JANIS, Mark, *International Courts for the twenty-first century*, Nijhoff, 1992

KINGSBURY, Benedict, “Foreword: Is the proliferation of international courts and tribunals a systemic problem?”, *International Law and Politics*, Vol. 31, 1999, pp. 679 a 696

KOCH Jr., CHARLES H., “Judicial Dialogue for Legal Multiculturalism”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, 2004, pp. 879 e ss.

LAVRANOS, Nikolaos,

- “Concurrence of Jurisdiction between the ECJ and other international courts and tribunals”, EUSA Ninth Biennial International Conference, March 31-April 2, 2005, Austin, Texas
- “On the need to regulate competing jurisdictions between international courts and tribunals”, European University Institute, Max Weber Programme, 2009/14, ISSN 1830-7728

LENHOFF, Arthur, “International Law and Rules on International Jurisdiction”, *Cornell Law Review* 5, 1964, disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol50/iss1/2>

LOWE, Vaughan, “Overlapping Jurisdiction in International Tribunals”, *Australian Year Book of International Law*, Vol. 191, 1999

MACKENZIE, Ruth, **CESARE**, Romano, e **SHANY**, Yuval, *The Manual on International Courts and Tribunals*, Oxford, 2ª Ed., 2010

MESQUITA, Maria José Rangel de, *A Actuação Externa da União Europeia depois do Tratado de Lisboa*, Coimbra, 2011

MESQUITA, Maria José Rangel de, *Justiça Internacional – Lições – Parte I – Introdução*, AAFDL, 2010

NGUYEN, Son Tan, “The applicability of Res Judicata and Lis Pendens in World Trade Organization dispute settlement”, *Bond Law Review*, Volume 25, Issue 2, pp. 123 a 165, disponível em <http://epublications.bond.edu.au/blr/vol25/iss2/10>.

OELLERS-FHRAM, Keller, “Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction – Problems and Possible Solutions”, *Max Planck UNYB* 5, 2001.

PAUWELYN, Joost, “Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-Connected Islands”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, 2004, pp. 929 e ss.

PRINO, Carla Sofia Abreu, “Relações entre TJUE e TEDH no contexto de adesão da UE à CEDH”, disponível em: <http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa>

RAYMOND, John M., «The Exercise of Concurrent International Jurisdiction: "Move with Circumspection Appropriate"», 8 *B.C.L. Rev.* 673, 1967, disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol8/iss4/1>

REINISCH, August, “The Use and Limits of Res Judicata and Lis Pendens as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes”, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 3, Issue 1, 2004, pp. 37 a 77.

ROMANO, Cesare P.R., *The proliferation of international judicial bodies: the pieces of the puzzle*, International Law and Politics, Vol. 31, 1999, pp. 709 a 751.

SANTULLI, Carlo, *Droit du Contentieux International*, Paris, Montchrestien, 2005

SAUER, Heiko, *Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen: Die Entwicklung eines Modells zur Lösung von Konflikten zwischen Gerichten unterschiedlicher Ebenen in vernetzten Rechtsordnungen*, Springer, 2008

SHANY, Yuval, *Regulating Jurisdictional Relations between national and international courts*, OUP, 2007

SHAW, Malcolm N., *International Law*, 5^a Ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2003

SINAI, Yuval, “Reconsidering Res Judicata: A Comparative Perspective”, 21 *Duke Journal of Comparative and International Law*, p. 253.

SLAUGHTER, Anne Marie,

- “International Law in a World of Liberal States”, *European Journal of International Law*, 1995
- “A Global Community of Courts”, *Harvard International Law Journal*, 2003

- *A new world order*, Oxford, Princeton University Press, Princeton, 2004

SULLIVAN, Gavin e HAYES, Ben, *Blacklisted: Targeted sanctions, preemptive security and fundamental rights*, European Center for Constitutional and Human Rights, 2010, disponível em - <http://www.ecchr.eu/en/documents/publications/ecchr-publications/articles/blacklisted-targeted-sanctions-preemptive-security-and-fundamental-rights.html>

TOMUSCHAT, Christian, *International Courts and Tribunals with Regionally Restricted and/or Specialized Jurisdiction*, in *Judicial Settlement of International Disputes: International Court of Justice, Other Courts and Tribunals, Arbitration and Conciliation: An International Symposium*, Max-Planck Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, 1987.

8.2. Fontes de Direito Internacional (por ordem alfabética)

- *Carta das Nações Unidas*, versão portuguesa disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/onu-carta.html>
- *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*
- *Convenção da Comissão OSPAR*, disponível em <http://www.ospar.org/convention/text>
- *Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar*, 1982, disponível em - http://www.pgdisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1699&tabela=leis
- *Convenção de Viena para as Relações Consulares*, cuja versão original está disponível em <http://www.fuech.eu/pdf/viennaconvention.pdf>.
- *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*

- *Declaração do Juiz Gilbert Guillaume*, Presidente do Tribunal Internacional de Justiça, à Assembleia Geral das Nações Unidas, a 26 de outubro de 2000, disponível em <http://www.icj-cij.org>
- *Dispute Settlement Understanding*, disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm.
- *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*, disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/tpi-estatuto-roma.html>
- *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*, versão original em língua inglesa disponível em https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf
- *Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça*, disponível em http://www.icj-cij.org/documents/?p1=4&p2=2#CHAPTER_IV.
- *Estatuto do Tribunal de Justiça da European Free Trade Association*
- *Fragmentation of International law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Relatório do Grupo de Estudo da Comissão de Direito Internacional, 58ª Sessão da Comissão de Direito Internacional, 2006.
- *General Agreement on Tariffs and Trade*, disponível em https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf
- *Law On The Establishment Of Extraordinary Chambers In The Courts Of Cambodia For The Prosecution Of Crimes Committed During The Period Of Democratic Kampuchea*, 2004, disponível em https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/KR_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng.pdf
- *North American Free Trade Agreement*, disponível em [http://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6187\(29\).pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6187(29).pdf)
- *Parecer 2/2013*, Tribunal de Justiça da União Europeia, 18 de dezembro de 2014, disponível em

http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30dd2da9bfa292db4da988afb961242593f9.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuQchz0?doclang=PT&text=&pageIndex=0&docid=160882&cid=668013.

- *Protocolo Adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem*
- Protocolo relativo ao “*Compulsory Settlement of Disputes*”, disponível em http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_2_1_963_disputes.pdf.
- *Regulamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*
- *Regulamento 990/93*, 1993, Jornal Oficial L 102/14, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31993R0990>.
- Resolução nº3314 da Assembleia Geral das Nações Unidas, disponível em <http://legal.un.org/avl/ha/da/da.html>.
- Resolução do CS da ONU 827/1993
- Resolução do CS da ONU 955/1994
- Resolução RC/RES.6, disponível em <https://treaties.un.org/doc/source/docs/RC-Res.6-ENG.pdf>
- *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*”, 2001, International Law Commission, disponível em http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf.
- S/RES/1267, Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, 15 de outubro de 1999, disponível em http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1267%281999%29
- S/RES/1333, Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, 19 de dezembro de 2000, disponível em <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/806/62/PDF/N0080662.pdf?OpenElement>.

- S/RES/1373, Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, 28 de setembro de 2001, disponível em <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/557/43/PDF/N0155743.pdf?OpenElement>
- S/RES/1390, Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, 28 de janeiro de 2002, disponível em <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/216/02/PDF/N0221602.pdf?OpenElement>.
- S/RES/1617, Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, 29 de julho de 2005, disponível em: <http://bo.io.gov.mo/bo/ii/2005/52/aviso25.asp>.
- *Statute of the Iraqi Special Tribunal for Crimes Against Humanity*, 2003, disponível em <http://www.cpa-iraq.org/humanrights/statute>.
- *Statute of the Special Court for Sierra Leone*, disponível em <http://www.sierraleone.org/specialcourtstatute>.
- *Statute of the Special Tribunal for Lebanon*, disponível em <https://www.stl-tsl.org/en/documents/statute-of-the-tribunal/223-statute-of-the-special-tribunal-for-lebanon>
- *Tratado de Criação do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina*
- *Tratado Euratom*, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=uriserv:xy0024>.
- *Tratado Norte Americano para o Comércio Livre*
- *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*
- *United Nations Transitional Authority of East Timor*, UNTAET/REG/2000/15, Organização das Nações Unidas, 2000

8.3. Jurisprudência (por ordem alfabética)

- *Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906 (Honduras v Nicaragua)*, Julgamento do TIJ, 1960;

- *Argentina – Poultry Anti-Dumping Duties*, de 2003, que opôs a Organização Mundial do Comércio e o Mercosul, disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/1pagesum_e/ds241sum_e.pdf;
- *Australia – Measures affecting importation of salmon*, Painel da Organização Mundial do Comércio, 12 de junho de 1998, disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds18_e.htm
- *Avotiņš V. Latvia*, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, processo nº 17502/2007, 23 de maio de 2016, disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-163114\"\]}.](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)
- *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd. (Belgium vs Spain)*, Tribunal Internacional de Justiça, 1970, opinião separada do Juiz Fitzmaurice, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>
- *Bosnia-Herzegovina vs Serbia and Montenegro (Genocide Convention)*, Tribunal Internacional de Justiça, 26 de fevereiro de 2007, disponível em – <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>.
- *Bosphorus vs Ireland*, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, julgamento do TEDH de 30 de junho de 2005, processo nº45036/98.
- *Brazilian Tyres*, de 2001, que opôs a Organização Mundial do Comércio e o Mercosul, disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/1pagesum_e/ds332sum_e.pdf;
- *Case Concerning Military And Paramilitary Activities In And Against Nicaragua - Nicaragua vs US*, Tribunal Internacional de Justiça, julgamento de 27 de junho de 1986, disponível em – <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>.
- *Case of Matthews vs United Kingdom*, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 1999, Processo nº24833/94.

- *Caso C-84/95 (Bosphorus)*, Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, 1996, ECR I-3953.
- *Catholic Commission for Justice and Peace in Zimbabwe v. Attorney General*, Supremo Tribunal de Justiça do Zimbabué, 1993.
- *Comissão / Kadi*, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 18 de julho de 2013, Processo nº C-584/10.
- *Comission vs Ireland*, Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, 2006, C-459/03, disponível em - <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-459/03>.
- *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, Tribunal Internacional de Justiça, 25 de março de 1948, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=1&p3=4>.
- *Danielsson*, Tribunal das Comunidades Europeias, 1995, ECR II-3051
- *Decisão Solange I*, Tribunal Constitucional Alemão, (BVerfGE 37, 271) de 29 de maio de 1974, disponível em <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=588>
- *Effect of Awards of Compensation Made by the United Nations Administrative Tribunal*, Advisory Opinion, TIJ, 1954;
- *Emesa Sugar*, Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, 08.02.2000, Processo C-17/98.
- *Examination of Nuclear Tests Judgment*, Tribunal Internacional de Justiça, 1995, 285
- *Factory at Chorzow (Germany v Poland)*, Tribunal Permanente Internacional de Justiça, 1928;
- *France v Parliament*, Tribunal de Justiça da União Europeia, Caso C-358/85, 51/86, 1988.
- *Hoogovens Groep v Commission*, Tribunal de Justiça da União Europeia, Caso C-172, 226/83, 1985;

- *Interpretation of Judgements Nos. 7 and 8 concerning the case of the Factory at Chorzow (Germany v Poland)*, Tribunal Permanente Internacional de Justiça, 1927;
- *Ireland vs United Kingdom (“OSPAR” Arbitration)*, Tribunal Permanente de Arbitragem, 2001, disponível em - http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1158.
- *Ireland vs United Kingdom (“MOX Plant Case”)*, Tribunal Permanente de Arbitragem, 2001, disponível em - http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1148
- *Kadi / Conselho e Comissão*, Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 21 de setembro de 2005, Processo nº T-315/01, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dba52e7a050ed6467490eb8a6d82ddd35e.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuKbNb0?text=&docid=65739&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=220515>
- *Kadi e Al Barakaat International Foundation/Conselho e Comissão*, Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de setembro de 2008,
- *Kindler v. Minister of Justice*, Supremo Tribunal de Justiça do Canadá, 1991.
- *Knight v. Florida*, 528 U.S. 990, Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos da América, 1999.
- *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Julgamento de 27 de junho de 2001, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/104/7736.pdf>.
- *Lawrence v. Texas*, 539 U.S., Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos da América, 2003.
- *Mexico – Tax measures on soft drinks and other beverages*, Relatório do Painel da Organização Mundial do Comércio, WT/DS308/R, 7 de Outubro de 2005, disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds308_e.htm

- *Mexico – Tax measures on soft drinks and other beverages*, Relatório do Painel de Apelação da Organização Mundial do Comércio, WT/DS308/AB/R, 6 de março de 2006, disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds308_e.htm
- *Mrs. Emilia Gualco v High Authority of the European Coal and Steel Community*, Tribunal de Justiça da União Europeia, caso C-14/64, 1965;
- *Parti écologiste "Les Verts" v European Parliament*, Tribunal de Justiça da União Europeia, Caso 294/83, 23 de abril de 1986, disponível em - <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61983CJ0294>.
- *Polish Postal Service in Danzig*, Advisory Opinion do Tribunal Permanente Internacional de Justiça, 1925;
- *Requests for Interpretation of the Judgement of 11 June 1998 in the Case Concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v Nigeria)*, Julgamento do TIJ, 1999.
- *Sher Singh v. State of Punjab*, Supremo Tribunal de Justiça da Índia, 1983.
- *Societe Commerciale De Belgique (Belgium v Greece)*, Julgamento do Tribunal Permanente Internacional de Justiça, 1939;
- *South West Africa Case (Ethiopia v South Africa)*, Julgamento do TIJ, 1966;
- *Tadic*, Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia, julgamento de 15 de julho de 1999, IT-94-1-A, disponível em – <http://www.un.org/icty/cases-e/index-e.htm>.
- *The MOX Plant Case, Ireland vs United Kingdom*, Tribunal Internacional de Direito do Mar, Caso nº10, 2001, disponível em - <https://www.itlos.org/cases/list-of-cases/case-no-10/>
- *US – Cattle, Swine and Grain*, de 1998, que opôs a Organização Mundial do Comércio e a NAFTA, disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds144_e.htm

- *US – Tuna II*, de 2011, que opôs a Organização Mundial do Comércio à NAFTA, disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds381_e.htm
- *Yassin Abdullah Kadi contra Comissão Europeia*, Acórdão do Tribunal Geral de 30 de setembro de 2010, Processo nº T-85/09.

8.4. Sítios na Internet (por ordem alfabética)

- African International Courts and Tribunals: www.aict-ctia.org
- Associação Europeia de Comércio Livre: www.efta.int
- Câmaras Extraordinárias nos Tribunais do Camboja: www.eccc.gov.kh
- Comunidade Andina de Nações: www.comunidadandina.org
- Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral: www.sadc.int
- Conselho da Europa: www.coe.int
- Kosovo Specialist Chambers & Specialist Prosecutor's Office: <https://www.scp-ks.org/en>.
- Mercado Comum da África Oriental e Austral (COMESA): www.comesa.int
- Mercosul: www.mercosur.int
- Organização das Nações Unidas: www.un.org
- Organização dos Países Árabes Exportadores de Petróleo: www.oapecorg.org
- Organização Mundial do Comércio: www.wto.org
- Organização do Tratado do Atlântico Norte: www.nato.int
- Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: www.echr.coe.int
- Tribunal Interamericano dos Direitos do Homem: www.corteidh.org
- Tribunal Internacional de Direito do Mar: www.itlos.org
- Tribunal Internacional de Justiça: www.icj-cij.org
- Tribunal de Justiça Benelux: www.courbeneluxhof.be
- Tribunal de Justiça da Comunidade Andina: www.tribunalandino.org.ec

- Tribunal de Justiça da União Europeia: <http://curia.eu>
- Tribunal de Justiça dos Estados da Associação Europeia de Comércio Livre: www.eftacourt.int
- Tribunal Especial para a Serra Leoa: www.sc-sl.org
- Tribunal Especial para o Líbano: www.stl-tsl.org
- Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia: www.icty.org
- Tribunal Penal Internacional para o Ruanda: www.icttr.org
- Tribunal Penal Internacional: www.icc-cpi.int
- Tribunal Permanente de Arbitragem: www.pca-cpa.org
- União Africana: www.africa-union.org
- União Europeia: <http://europa.eu.int>